

Hans - Wolfgang Schulte

Die gesetzliche Lösung
von Interessenkonflikten im Nachbarraum
durch Ausgleich Begünstigung und Entschädigung

Ein Beitrag zum privaten
Immissionsschutzrecht

1968

Die gesetzliche Lösung von Interessenkon-
flikten im Nachbarraum durch Ausgleich,
Begünstigung und Entschädigung

- Ein Beitrag zum privaten Immissions-
schutzrecht -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Hans-Wolfgang S c h u l t e
aus Essen
1968



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Boldt
Dekan: Prof. Dr. Nörr
Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1968

I n h a l t

	Seite
I. <u>Einleitung</u>	1
1.) Die Bedeutung des privaten Immissions- schutzes	1
2.) Das Thema der Arbeit	6
II. <u>Der Nachbarschutz gegen Immissionen nach § 906 BGB</u>	7
1.) Die Einwirkungs- und Abwehrinteressen des Grundeigentümers	7
2.) Die Lösung von Interessenkonflikten durch gesetzliche Interessenbewertung	9
3.) Die Interessenbewertung in § 906 Abs.1 BGB	12
4.) Die Raumabhängigkeit des Grundstückseigen- tums (§ 906 Abs. 2 BGB)	14
a) Begriffliche Gegenüberstellung von In- haltsbestimmungen des Eigentums und besonderen Duldungspflichten	15
b) Das Eigentum als Rechtsinstitut und als subjektives Recht	22
c) Die Auswirkungen der besonderen örtli- chen Verhältnisse auf den allgemeinen Eigentumsgehalt	28
aa) Der Interessenausgleich als Methode der Konfliktlösung	28
bb) Rechtsgrund und Sinn des Ausgleichs- anspruchs	30
cc) Das nachbarliche Gemeinschaftsver- hältnis	38

	Seite
5.) Der Rechtszustand vor der Neufassung des § 906 BGB	40
a) Richterliche Interessenbewertung durch Verfeinerung des Ortsüblichkeitsmerkmals	40
b) Die Neubewertung der Nachbarinteressen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung	43
6.) Die Neufassung des § 906 BGB	50
a) Die Pflicht zur Verhinderung wesentlich beeinträchtigender Einwirkungen durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen	51
b) Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Geldausgleichs	56
 III. <u>Gesteigerte Duldungspflichten des Grundeigentümers</u>	 60
1.) Die Rechtslage bei Immissionen aus obrigkeitlich genehmigten Betrieben (§ 26 GewO)	60
2.) Die gesteigerte Duldungspflicht des Grundstückseigentümers gegenüber Einwirkungen aus lebenswichtigen Betrieben	63
a) Der nachbarrechtliche Aufopferungsanspruch	63
b) Die öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche	65
c) Die Rechtsnatur des nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruchs	66
aa) Der Widerstreit zwischen privaten und öffentlichen Interessen im Bereich des nachbarrechtlichen Auf-	

opferungsanspruchs	68
bb) Sonderfälle: Private Betätigungen kraft öffentlich-rechtlicher Ge- stattung	75
3.) Die Bedeutung der gewerbeaufsichtsrecht- lichen Genehmigung nach § 16 GewO	77
<u>IV. Das Verhältnis von Bergwerkseigentum und Grundeigentum als Interessenwiderstreit zwischen Raumnutzungsrechten</u>	79
1.) Die Einwirkungen aus bergbaulichen An- lagen	79
2.) Die Lösung des Interessenwiderstreits zwischen Bergbau und Grundbesitz durch das ABG	83
3.) Die Befugnis des Bergwerkseigentümers zur Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien (§ 54 ABG)	87
4.) Der Betrieb von Aufbereitungsanstal- ten durch den Bergwerkseigentümer (§ 58 ABG)	89
a) Das Aufbereitungsrecht als Inhalt des Bergwerkseigentums	90
b) Der Begriff Aufbereitungsanstalt im Sinne des § 58 ABG	94
aa) Die Betriebsanstalten	94
bb) Die Vereinheitlichung der Berg- aufsicht	96
cc) Nebengewinnung und Weiterverar- beitung als Inhalt des Berg- werkseigentums?	97

c) Das Verhältnis zwischen der gewerbe- rechtlichen und der bergrechtlichen Kollisionsregelung	103
aa) Der Geltungsbereich des § 16 GewO im Hinblick auf die bergbaulichen Anlagen	103
bb) Zum Vorrang der Regelung des Bergrechts	107
5.) Der Bergschadenanspruch des § 148 ABG	108
a) Der Bergschadenanspruch als privat- rechtliche Entschädigung	109
b) Die Rechtsnatur des Bergschadenanspruchs	113

V. <u>Die Aufopferungshaftung des bürgerlichen Rechts</u>	118
1.) Die gesetzlichen Anwendungsfälle des Auf- opferungsprinzips und § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB	118
2.) Der Entzug der Abwehrklage als Rechts- grund der Aufopferungshaftung?	121
3.) Das Verhältnis der besonderen privaten Immissionsvorschriften zu § 906 BGB	126
a) § 906 BGB als grundlegende Kollisions- norm	126
b) Geltung des § 906 BGB auch bei Beein- trächtigungen durch Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien?	127
c) Lösung des Auslegungsproblems mit den Grundsätzen der Interessenbewertung	131

4.) Die Klage auf Anbringung schützender Einrichtungen im Rahmen des § 148 ABG	139
--	-----

VI. <u>Der Umfang der Entschädigungsansprüche bei privater Aufopferung und Ausgleich im Immissionsbereich</u>	141
1.) Der Umfang des Aufopferungsanspruchs	141
a) Der Inhalt der gesetzlichen Regelungen und die Äußerungen der Rechtsprechung	141
b) Die Aufgabe der Entschädigungsleistungen	144
c) Ersatz bei Beschädigung beweglicher Sachen	151
2.) Der Umfang des Ausgleichsanspruchs aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis	154
a) Die Beeinträchtigung über das zumutbare Maß hinaus	155
b) Zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs	158
c) Zur Zumutbarkeit eigener Anpassungsbemühungen des betroffenen Grundstückseigentümers	162
d) Kosten der Anpassung und Vorteilsausgleich	166
e) Der Beginn der Anpassungspflicht	167
f) Schlußbemerkung	168
3.) Die Berechnung des Ersatzanspruchs bei Übermaßimmissionen	168
a) Übermaßimmissionen und ortsübliche Nutzung des betroffenen Grundstücks	168

b) Übermaßimmissionen und nicht-orts- übliche Nutzung des betroffenen Grund- stücks	173
---	-----

VII. Zusammenfassung	174
----------------------	-----

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- | | |
|--------------------|--|
| Arndt, Adolf | Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten,
8. Auflage, Freiburg 1914; 9. Auflage, Freiburg 1924 |
| Austermann, Heinz | Bergschadensrecht
Der Begriff Grundeigentum oder dessen Zubehörungen im Preußischen Bergschadensrecht
Münster 1954 |
| Ballerstedt, Kurt | Technischer Fortschritt und Schadensordnung
Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, Heft 7/8, S. 5 ff |
| Bartsch, Erich | Die Rechtsstellung der Grundpfandgläubiger beim Bergschadensanspruch und Bergschadenverzicht auf der Grundlage des Allgemeinen Berggesetzes
Diss. iur., Köln 1960 |
| Baur, Fritz | Lehrbuch des Sachenrechts
3. Auflage, München, Berlin 1966 |
| Bender, Bernd | Sozialbindung des Eigentums und Enteignung
NJW 1965, 1297 ff |
| Bienenfeld, Rudolf | Die Haftungen ohne Verschulden
Berlin und Wien 1933 |
| Boissereé-Oels | Immissionsschutzrecht in Nordrhein-Westfalen
Kommentar zum Immissionsschutzgesetz vom 30. 4. 1962
Siegburg 1962 |

- Boldt, Gerhard** Das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865 in der gegenwärtig geltenden Fassung und die bergrechtlichen Nebengesetze
1. - 3. Auflage, Münster 1948

Staat und Bergbau
München und Berlin 1950

Treu und Glauben im Bergschädenrecht
Glückauf 1939, 920
- Boldt-Steffens** Gewerbeordnung
Münster 1955
- Bonner Kommentar** Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Hamburg, Stand Juli 1967
- Brassert-Gottschalk** Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten mit Kommentar
2. Auflage 1914
- Buschlinger, Gerold** Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht
DÖV 1965, 374
- Clasen** Nochmals: Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses
NJW 60, 2323
- Ebel-Weller** Allgemeines Berggesetz vom 24. Juni 1864 mit Erläuterungen
2. Auflage, Berlin 1963
- Engelhardt, Dieter** Die Neuordnung der Wassergesetzgebung und die Änderungen der Gewerbeordnung in ihren Auswirkungen auf den Bergbau
Glückauf 1961, 25

- | | |
|-----------------------|--|
| Engisch, Karl | Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit
Heidelberg 1953 |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung, Tübingen 1958 |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
15. Auflage, 2 Bände, Tübingen 1959, 1960 |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
4. Auflage, Münster 1967 |
| Esser, Josef | Schuldrecht
Allgemeiner und Besonderer Teil, Ein Lehrbuch
2. Auflage, Karlsruhe 1960

Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung
München und Berlin 1941 |
| Ewert, Horst | Immissionsschäden und Bergbau
Glückauf 1950, 635 |
| Fikentscher, Wolfgang | Das Schuldrecht
Berlin 1965 |
| Forsthoff, Ernst | Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Band, Allgemeiner Teil
9. Auflage, München und Berlin 1966 |
| Franke, Hans Georg | Die Bergaufsichtsbehörde in ihrer Funktion als Erlaubnisbehörde
Diss. iur., Münster 1966 |

- Fuhr, Eberhard Kommentar zur Gewerbeordnung
Neuwied 1960
- Gieseke, Paul Der Rechtscharakter der Verpflichtung
zum Ersatz von Bergschäden
Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, Köln, Berlin
1956, S. 37 ff
- Glaser-Dröschel Das Nachbarrecht in der Praxis
1. Auflage, Herne, Berlin 1961;
2. Auflage, Herne, Berlin 1966
- Hahn, C. Allgemeines Berggesetz für die Preußischen
Staaten vom 24. Juni 1865 nebst
den vollständigen Materialien zur
Erläuterung desselben
Berlin 1865
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts
Tübingen 1930, Neudruck Aalen 1960
- Heinemann, Gustav-W. Der Bergschaden
3. verbesserte Auflage, Berlin 1961
- Heinemann, Peter-J. Subsidiäre Staatshaftung für Bergschäden
NJW 1967, 1306
- Hemsen, Vollert Der allgemeine bürgerlich-rechtliche
Aufopferungsanspruch
Diss. iur., Hamburg 1961
- Henke, Wilhelm Das subjektive öffentliche Recht auf
Eingreifen der Polizei
DVB1. 1964, 649
- Horst, Paul-Günter Querverbindungen zwischen Aufopferungs-
anspruch und Gefährdungshaftung einer-
seits und Aufopferungsanspruch und Ein-
griffserwerb andererseits
Berlin 1966

- Huber, Ernst-Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht
2. Auflage, Tübingen, Band I: 1953,
Band II: 1954
- Hubmann, Heinrich Grundsätze der Interessenabwägung
AcP 155, 85

Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungs-
anspruch
JZ 1958, 489
- Ihering, Rudolf von Zur Lehre von den Beschränkungen des
Grundeigentümers im Interesse der
Nachbarn
IDogmJ 6, 81
- Isay, Hermann u. Rudolf Allgemeines Berggesetz für die Preußi-
schen Staaten
Band 1, 1. Auflage, Mannheim-Berlin-
Leipzig 1920, Band 2, 2. Auflage,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1933
- Isay, Hermann Der Untersagungsanspruch des Grundbe-
sitzers gegenüber dem Bergbau
ZfB 58, 91
- Jaenicke, Günther Gefährdungshaftung im öffentlichen
Recht? Zur Haftung des Staates ohne
Verschulden
VVDStRL 20 (1961), 135
- Janssen, Günter Der Anspruch auf Entschädigung bei
Aufopferung und Enteignung
Stuttgart 1961
- Katzenstein, Gerhard Entschädigungspflicht des Staates bei
rechtswidrig-schuldloser Ausübung
öffentlicher Gewalt
Hamburg 1935

- Klausing, Friedrich Immissionsrecht und Industrialisierung
JW 1937, 68

Richterspruch und Immissionsrecht
JW 1938, 1681
- Klausing-Paul Häuser- und Grundstücksschäden durch
künstliche Veränderung des Grundwas-
serspiegels
Berlin 1940
- Kleindienst, Bernhard Der privatrechtliche Immissionsschutz
nach § 906 BGB
in: Recht und Staat, Heft 298/299,
Tübingen 1964
- Klostermann, R. Das Allgemeine Berggesetz für die
Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865
Berlin 1866
- Klostermann-Fürst-
Thielmann Allgemeines Berggesetz für die Preußi-
schen Staaten
6. Auflage, Berlin 1911
- Kreft, Friedrich Zum Verhältnis von Aufopferungsansprü-
chen und Amtshaftungsansprüchen
DÖV 1955, 517
- Kremer, Norbert Der Einfluß des grundgesetzlichen
Eigentumsschutzes auf das Allgemeine
Berggesetz
Diss. iur., Köln 1958
- Kuhnt, Gottfried Vorteilsausgleichung bei Bergschäden
Glückauf 1948, 61
- Landmann-Rohmer-
Eyermann-Fröhler Gewerbeordnung
12. Auflage, München und Berlin,
Stand 1967

- Lantzke, Ursula Probleme des Nachbarrechts im Bergbau
ZfB 101, 78
- Larenz Karl Lehrbuch des Schuldrechts
2. Band, Bes. Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1967
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Die Schadenshaftung nach dem Wasser-
 haushaltsgesetz im System der zivil-
 rechtlichen Haftungsgründe
VersR 63, 593
- Leisner, Walter Gefährdungshaftung im öffentlichen
 Recht?
VVDStRL 20 (1961), 185
- Lerche, Peter Amtshaftung und enteignungsgleicher
 Eingriff
JuS 1961, 237
- Lindner, Hubertus Bergschadenanspruch, Bergschadenver-
 zicht und Gesamthaftung mehrerer Berg-
 werksbesitzer nach § 149 ABG
Diss. iur., Münster 1964
- Liver, Peter Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen
 und Dienstbarkeiten in der Gesetz-
 gebung und Lehre Frankreichs, Deutsch-
 lands, der Schweiz und Italiens
in: Ius Et Lex; Festgabe für Gutzwiller,
Basel 1959, S. 749
- Luhmann, Niklas Öffentlich-rechtliche Entschädigung
 rechtspolitisch betrachtet
Berlin 1965
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz
Band I, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt
a.M., 1957, unveränd. Nachdruck 1966

- Martens, Wolfgang Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln
JuS 1962, 245
- Maunz-Dürig Grundgesetz
2. Auflage, München und Berlin, Stand März 1966
- Meisner-Stern-Hodes Nachbarrecht
4. Auflage 1964
- Michaelis, Karl Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts
Leipzig 1943
- Miesbach-Engelhardt Bergrecht
Kommentar zu den Landesberggesetzen
Berlin 1962
- Mosich, Walther Das Grundeigen und seine Begrenzung nach §§ 905 und 906 BGB
IDogMJ 80, 255
- Mühl Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses
NJW 1960, 1133

Nochmals: Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, insbesondere des Ausgleichsanspruchs
NJW 1960, 2324
- Müller-Erzbach, Rudolf Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands
Stuttgart 1917
- Nordalm, Dieter Zur Änderung des Nachbarrechts (§ 906 BGB)
RdL 1958, 144

- Oftinger, Karl Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts
Zürich 1956
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
27. Auflage, München, Berlin 1968
- Paul, Willy Zum Ausgleich von Schäden durch Immis-
sionen aus öffentlichen Betrieben
DR 1939, 743
- Pawlowski, Hans-Martin Substanz- oder Funktionseigentum?
AcP 165, 395
- Peters, Hans Der Dritte im Baurecht
DÖV 1965, 744
- Pleyer, Klemens Buchbesprechung
AcP 165, 559
- Raiser, Ludwig Der Stand der Lehre vom subjektiven
Recht im Deutschen Zivilrecht
JZ 1961, 465
- Rechtsschutz und Institutionenschutz
im Privatrecht
in: Summum Ius Summa Iniuria, Tübinger
Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,
Band 9 (1963), S. 145
- Reinhardt, Rudolf Richter und Rechtsfindung
in: Reinhardt-König, München, Berlin
1957
- Reuß-Grotefend-Dapprich Das Allgemeine Berggesetz
11. Auflage, Köln, Berlin 1959
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
herausgegeben von Reichsgerichtsräten
und Bundesrichtern
Band III, 1. Teil, 11. Auflage,
Berlin 1959

- Riedel, Jürgen Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung
Diss. iur., Erlangen-Nürnberg 1965
- Schack, Friedrich Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?
Gutachten, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Berlin 1955, Tübingen 1955

Zum Aufopferungsanspruch im Nachbarrecht
JR 1958, 207

Öffentlich-rechtliche Entschädigung und Schadenersatz
BB 1959, 1259

Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht
DÖV 1961, 729

Der Eigentumsschutz gewerblicher Rechtspositionen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
BB 1963, 1227

Aufopferungsanspruch bei Versagung der Abwehrklage
JuS 1963, 263.

Funkenschäden im Eisenbahnbetrieb
NJW 1965, 1702

Die Entschädigungsansprüche ohne Verschulden im Immissionsbereich
BB 1965, 341

Der Entschädigungspflichtige bei Eingriffen von hoher Hand
JuS 1965, 295

- Scherer, E. Baulärm in rechtlicher Sicht
ZMR 1966, 33
- Scheuner, Ulrich Grundlagen und Art der Enteignungs-
entschädigung
in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungs-
schutz des Eigentums, Tübingen 1954,
S. 63

Probleme der staatlichen Schadenshaf-
tung nach deutschem Recht
DÖV 1955, 545
- Schiffer, Heinz Immissionen. Ein Beitrag zur Neuge-
staltung des Nachbarrechts
ZakDR 1936, 1076

Anmerkung zu einer Entscheidung des
Reichsgerichts
ZakDR 1939, 312
- Schlüter, Wilhelm Die geschichtliche Entwicklung des
preußischen Bergpolizeirechts
ZfB 76, 293
- Schneider, Egon Entschädigungsansprüche wegen Straßen-
verkehrs
MDR 1965, 439
- Schulte Hans Privatrechtliche Aufopferung und Ent-
eignung
Diss. iur., Münster 1965

Zur Rechtsnatur der bergrechtlichen
Grundabtretung
ZfB 106, 161

Rechtsnatur und Umfang des Anspruchs
auf Ersatz von Bergschäden
ZfB 107, 189

- Schulte, Hans-Wilhelm Eigentumsordnung und Bergschaden
ZfB 91, 297
- Nachbarschutz gegen Immissionen
NJW 1954, 495
- Über das Verhältnis von Bergbau und Grundbesitz nach dem Gesetzesvorschlag von Rudolf Isay
in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, Köln, Berlin 1956, S. 23
- Die Grundsätze des Bergschadenrechts
ZfB 106, 171
- Schumacher, Peter Der Ersatz von Immissionsschäden im Rahmen des § 148 ABG
Glückauf 1962, 1156
- Sehling, Emil Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien
Leipzig 1904
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch
9. Auflage, Band III, Sachenrecht, Stuttgart 1960
- Starck Der § 906 BGB und seine Auswirkung auf landwirtschaftliche Grundstücke
ZAKDR 1936, 741
- Staudinger J. v. Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band III, 1. Teil 1956, 2. Teil 1963, 11. Auflage
- Stödter, Rolf Die öffentlich-rechtliche Entschädigung
Hamburg 1933

- Stossberg, Rudolf Die Bergschadensregulierung aus der
Sicht des Grundeigentümers
ZfB 106, 194
- Turnau, W. Das Bergwerkseigentum
ZfB 18, 290
- Turner, George Das bergbauliche Berechtsamswesen
Ein Beitrag zur Lösung des Widerstreits
der am Bergbau Interessierten
Essen 1966
- Stellt es eine Enteignung dar, daß
 Grundeigentümer sich gegen bergbauliche
 Einwirkungen nicht wehren können?
 ZfB 109, 183
- Die Haftung des Staates für Bergschä-
 den nach der Aufhebung von Bergbau-
 rechten oder bei Zahlungsunfähigkeit
 von Berechtigten
 NJW 1968, 85
- Tschäpe, Volkmar Das Bergnachbarrecht im engeren Sinn
- seine privatrechtlichen Schutzrechte
und sein Geltungsbereich
Diss. iur., Münster 1965
- Ule, C.H./Fittschen, D. Anmerkung zu einem Urteil des Bundes-
gerichtshofs
JZ 1965, 315
- Voelkel, Carl Grundzüge des Bergrechts unter beson-
derer Berücksichtigung des Bergrechts
Preußens
2. Auflage, Berlin und Leipzig 1924
- Vogelsang, Dieter Das Bergwerkseigentum und sein Verhält-
nis zum bürgerlich-rechtlichen Eigen-
tum und zum Staatsvorbehalt
Diss. iur., Münster 1963

- Weber, Werner Eigentum und Enteignung
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die
Grundrechte, Band 2, Berlin 1954,
S. 331
- Wecks, Helmut Vorteilsausgleichung bei Bergschäden
ZfB 90, 351
- Werneburg Abgrenzung und Kollision zwischen
Grundeigentum und Bergwerkseigentum
ZfB 70, 181
- Westermann, Harry Sachenrecht
5. Auflage, Karlsruhe 1966
Wesen und Grenzen der richterlichen
Streitentscheidung im Zivilrecht
Schriften der Gesellschaft zur Förde-
rung der Westfälischen Wilhelms-Univer-
sität zu Münster, Heft 32, Münster 1955
Zit.: Streitentscheidung
Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luft-
reinhaltung und zur Verbesserung des
Nachbarrechts sind erforderlich?
Band 9 der wissenschaftlichen Abhand-
lungen der Arbeitsgemeinschaft für
Forschung des Landes Nordrhein-West-
falen, Köln, Opladen 1958
Zit.: Gesetzliche Maßnahmen
Der Großflughafen im Raum- und Nach-
barrecht
ZLR 1957, 259
Die Änderungen des Nachbarrechts und
der Gewerbeordnung als Beispiel für das
Verhältnis von richterlicher und gesetz-
geberischer Fortbildung des Rechts
in: Sonderdruck aus dem Eranion für
Maridakis, Band II, S. 661
Zit.: Eranion für Maridakis
Anmerkung zu einem Urteil des Bundes-
gerichtshofs
JZ 1963, 406

Westermann, Harry

Buchbesprechung

BB 1966, 755

Rechtsprinzipien des Preußischen All-
gemeinen Berggesetzes

ZfB 106, 122

Das Verhältnis zwischen Bergbau und
öffentlichen Verkehrsanstalten als
Gegenstand richterlicher und gesetzge-
berischer Bewertung

Heft 131 der wissenschaftlichen Abhand-
lungen der Arbeitsgemeinschaft für For-
schung des Landes Nordrhein-Westfalen,
Köln und Opladen 1966

Zit.: Bergbau und öffentliche Ver-
kehrsanstalten

Westhoff, Wilhelm

Bergbau und Grundbesitz nach preußi-
schem Recht

Band I, Der Bergschaden, Berlin 1904

Weyreuther, Felix

Empfiehl es sich, die Folgen rechts-
widrigen hoheitlichen Verwaltungshan-
delns gesetzlich zu regeln?

Gutachten zum 47. Deutschen Juristen-
tag, München 1968

v. Wick, Georg

Die Bedeutung des neuen Luftreinhalte-
gesetzes für den Bergbau

Glückauf 1962, 1244

Wiethaup, Hans

Schutz vor Luftverunreinigungen, Ge-
räuschen und Erschütterungen
Immissionsschutzgesetz Nordrhein-
Westfalen

Herne, Berlin 1963

Zit.: ImmSchG

Lärmbekämpfung in der Bundesrepublik
Deutschland

Köln-Berlin-München-Bonn 1961

Die rechtlichen Möglichkeiten zur Lärm-
bekämpfung

NJW 1961, 492

- Willecke, Raimund Grundriß des Bergrechts
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1958
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht
Ein Studienbuch
Band I, 6. Auflage, München und Berlin
1965
- Wolff-Raiser Sachenrecht
Ein Lehrbuch
10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- Wüstenberg, Joachim Lufthygiene
Bild der Wissenschaft 1966, 305
(Zeitschrift über die Naturwissen-
schaften und die Technik in unserer
Zeit, Erscheinungsort Stuttgart)
- Zydek, Hans Das "Luftreinhaltegesetz"
ZfB 100, 465

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A./A.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band u. Seite)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsge- richts (Gesetzesstelle und Entschei- dungsnummer)
BayObLGZ	Bayrisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlungen in Zivilsa- chen (Jahr u. Seite)
Bd.	Band
BK	Bonner Kommentar
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Diss. iur.	Juristische Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr u. Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr u. Seite)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr u. Seite)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
GB1.	Gesetzblatt
Glückauf	Bergmännische Zeitschrift Glückauf (Jahr u. Seite)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deut- schen Rechts, begründet von Gruchot (Band u. Seite)
GS	Preußische Gesetzessammlung

GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
IDogmJ	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band u.Seite)
ImmSchG	Immissionsschutzgesetz
JuS	Juristische Schulung (Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
JZ	Juristenzeitung
LVG	Landesverwaltungsgericht
n.F.	neuer Fassung
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr u. Seite)
NW	Nordrhein-Westfalen
OBA	Oberbergamt
PrGS	Sammlung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts (1806- 1945)
Prot.DBT	Protokolle des Deutschen Bundestages (Wahlperiode, Seite)
RdErl.	Runderlaß
RdL	Recht der Landwirtschaft (Jahr u.Seite)
RdNr.	Randnummer
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deut- schen Staaten (Band u. Nummer)

TelWG	Telegraphenwegegesetz vom 18.12.1899 RGBl. Seite 705
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierrecht an der Universität Bonn (Nummer, Seite)
Vfg	Verfügung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Band u. Seite)
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr u. Nummer)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deut- sches Recht (Jahr u. Seite)
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht (Jahr u. Seite)
ZLR	Zeitschrift für Luftrecht (Jahr u. Seite)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahr u. Seite)

I. Einleitung

1.) Die Bedeutung des privaten Immissionsschutzes

Durch die zunehmende Industrialisierung, das Zusammenwachsen der Siedlungen zu Ballungsräumen und das Ansteigen des Kraftfahrzeugverkehrs ist in manchen Gebieten ein besorgniserregender Grad der Luftverunreinigung entstanden. Rauch, Ruß, Staub und chemische Abgase der Großindustrie, des Hausbrandes, der Verbrennungsmotoren der Kraftfahrzeuge und anderer Emissionsquellen führen zu wirtschaftlichen Beeinträchtigungen mancher anderer Erwerbszweige, etwa der Landwirtschaft, und bedeuten eine ernste Gefährdung für die Gesundheit der Menschen¹⁾. Schon seit einiger Zeit vermögen die natürlichen Hilfsmittel der Selbstreinigung der Atmosphäre - Windbewegungen, Niederschläge und ähnliches - der in der Luft abgegebenen Fremdstoffe nicht mehr Herr zu werden.

Das Recht hat in diesem Zusammenhang die Aufgabe, das Interesse der Allgemeinheit an der Sauberkeit der Luft als einem für das Dasein aller Menschen unmittelbar und - wegen der Bedeutung für die Lebensbedingungen von Tier und Pflanze - auch mittelbar bedeutungsvollen Gut durchzusetzen²⁾.

Gesetzliche Maßnahmen sind aber auch gegenüber Lärmeinwirkungen³⁾, die Hand in Hand mit dem Fortschreiten der Industrie und der Technik gehen, erforderlich.

-
- 1) So ist insbesondere bei Bestehen einer Wetterlage mit "Temperaturinversion", d.h. klimatischen Bedingungen, unter denen die ausgestoßenen Luftfremdstoffe nicht mehr in höhere Schichten der Atmosphäre entweichen können, eine deutliche Zunahme der Zahl der täglichen Todesfälle beobachtet worden. Vgl. Wüstenberg, Bild der Wissenschaft 1966 S. 312 ff und die dortigen graphischen Darstellungen.
 - 2) Vgl. Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 9.
 - 3) Vgl. die zahlreichen Arbeiten von Wiethaup, insbesondere Lärmbekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland, 1961, ferner NJW 61, 492 und die dort in Fußn. 4, 10 genannten Darstellungen; ferner Oftinger, Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, 1956; zu den physiologischen Auswirkungen dauernden akuten Lärms: vgl. aaO S. 7 ff, 14 ff.

Der Hauptteil derartiger gesetzlicher Vorschriften bleibt freilich dem öffentlichen Recht vorbehalten. Solche Normen beschränken sich in der Regel auf den vorbeugenden Schutz bei der Neuzulassung von Industrie- und Gewerbebetrieben oder einzelnen Anlagen durch ein vorgeschaltetes Genehmigungsverfahren sowie die technische Überwachung der zugelassenen Einrichtung. Sie werden vollzogen durch einen an den Emittenten gerichteten hoheitlichen Befehl.

Die erste gezielte gesetzliche Maßnahme gegen die zunehmende Verunreinigung der Luft ist das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und Ergänzung des BGB vom 22. Dezember 1959, das sog. "Luftreinhaltegesetz"¹⁾. Zu seinen wichtigsten Bestandteilen gehören eine Erweiterung des Kataloges der gemäß § 16 GewO genehmigungsbedürftigen Anlagen²⁾ und die an die zuständigen Behörden gerichtete Ermächtigung, auch nachträglich auf einen bestmöglichen Schutz des Allgemeingutes Luft vor schädlichen Ableitungen zu dringen³⁾.

Gesetzliche Ermächtigungen zur Überwachung nach der Gewerbeordnung nicht genehmigungspflichtiger Anlagen enthalten darüber hinaus die Immissionsschutzgesetze einiger Länder⁴⁾. Mit Hilfe dieser Gesetze läßt sich auch der Hausbrand mit seinen wegen der Vielzahl der Emissionsquellen nicht unerheb-

1) BGBl. I S. 791; in Kraft seit dem 1. Juni 1960. Vgl. hierzu Zydek, ZfB 100, 465; Engelhardt, Glückauf 1961, 29; aus den der gesetzlichen Regelung vorausgehenden Veröffentlichungen: Westermann, Gesetzliche Maßnahmen; Nordalm, RdL 58, 144.

2) Der Katalog der genehmigungsbedürftigen Anlagen war zunächst in § 16 Abs. 2 GewO alter Fassung enthalten, wird nunmehr aber durch eine Rechtsverordnung der Bundesregierung bestimmt (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen vom 4. 8. 1960 - BGBl. I S. 690 -).

3) Vgl. § 25 Abs. 2 und 3 GewO.

4) Z.B. Immissionsschutzgesetze Nordrhein-Westfalen vom 30.4.1962 (GVNW S. 225); Baden-Württemberg vom 4.2.1964 (GBL S. 55); Rheinland-Pfalz vom 28.7.1966 (GVBl. S. 211).

lichen Auswirkungen auf die Sauberkeit der Atmosphäre kontrollieren¹⁾.

Eine gesetzliche Handhabe gegenüber bestimmten Lärmquellen bietet bisher nur das Bundesgesetz gegen Baulärm vom 9. September 1965²⁾.

Allerdings beschäftigen sich die meisten gesetzlichen Maßnahmen nur mit der Frage, inwieweit die Handlungsfreiheit des einzelnen, der durch seine Emissionsquelle an der Gesamtverunreinigung der Luft beteiligt ist oder für Lärmeinwirkungen ursächlich ist, im Interesse der Allgemeinheit zu beschränken sei³⁾.

Die Begründung von Ermächtigungsnormen zu Gunsten der Verwaltungsbehörden besagt jedoch nicht ohne weiteres, daß damit auch dem einzelnen Betroffenen ein im Rechtswege durchsetzbarer öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Einschreiten der Behörde gegen den "Störer" zustehe, weil diese Normen in aller Regel im Allgemeininteresse erlassen sind und den Bürger nur im Sinne eines tatsächlichen Reflexes begünstigen⁴⁾. Der Betroffene

-
- 1) So ausdrücklich die Verwaltungsvorschrift zum Immissionschutzgesetz NRW (Gemeinsamer Runderlaß vom 19.7.1962. - MBl. NW 1962, 1264 ff -) zu § 1, 3a ImSchG; zit. bei Wiethaup, ImSchG. S. 70 f.
 - 2) BGBl. I S. 1214; abgedruckt ZMR 66, 38. Hierzu Scherer, ZMR 66, 33.
 - 3) Vgl. Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 15 f.

Andere Gesetze ordnen eine Überwachung an, so das Gesetz über Vorsorgemaßnahmen zur Luftreinhaltung vom 17. Mai 1965 (BGBl. I S. 413) oder bezeichnen die Luftreinhaltung als eine Aufgabe der Raumordnung; vgl. Raumordnungsgesetz vom 8. April 1965 (BGBl. I S. 306), § 2 Ziff. 7.

- 4) Zur Abgrenzung subjektiver Rechte von Rechtsreflexen: vgl. Maunz-Dürig, Art. 19 IV, RdNr. 36. Das Problem eines Anspruchs auf Einschreiten der Verwaltungsbehörden wird insbesondere erörtert im Bereich des öffentlichen Nachbarschutzes, vgl. Peters, DÖV 65, 744; und der polizeilichen Generalklausel, vgl. Martens, JuS 62, 245; Henke, DVBl. 64, 649; Buschlinger, DÖV 65, 374. Ein strikter Rechtsanspruch dürfte bei intensiver Gefahr für persönliche Rechtsgüter (Leben, Gesundheit) gegeben sein. Vgl. auch BVerwG DÖV 67, 856 m. Anm. Schefold (zu § 16 GewO).

hat aber ein Interesse daran, daß Beeinträchtigungen abgestellt werden, wenn die Behörden untätig bleiben - mögen sie hierbei auch rechtmäßig und pflichtgemäß handeln wollen. Er muß daher mit einem privatrechtlichen Schutz ausgestattet werden, der es ihm möglich macht, gegen den Störer vorzugehen. Damit verlagert sich die Frage, wie die Handlungsfreiheit des einzelnen zum Schutze vor Belästigungen anderer zu beschränken sei, auf die Ebene des Privatrechts. Wegen der gleichartigen Rechtsstellung aller geht es nunmehr jedoch darum, die Ausübung von Rechten durch Festsetzung von Abwehransprüchen der Betroffenen zu begrenzen oder, wo eine solche Beschränkung nicht sachgerecht ist, die Folgen wenigstens durch Entschädigungspflichten des Einwirkenden zu mildern.

Eine privatrechtliche Immissionsschutzregelung befaßt sich daher mit der Lösung von Interessenkonflikten im nachbarlichen Raum. Ihre Notwendigkeit wurzelt in einem tatsächlichen Umstand: der Aufteilung des gesamten Raumes in einzelne Herrschaftsbereiche (Grundstücke), die selbständige Anknüpfungspunkte für rechtliche Gestaltungs- und Abwehrmöglichkeiten bilden. Das private Nachbarrecht als die Summe der Rechtsnormen, die die nachbarliche Gemeinschaft der einzelnen Herrschaftsberechtigten bestimmten Verhaltensweisen unterwerfen, ist daher vornehmlich eine Regelung von Interessengegensätzen. Die Einwirkungs- und Abwehrinteressen aller Beteiligten müssen aufeinander abgestimmt werden, damit ein erträgliches Zusammenleben aller möglich wird. Das Ergebnis einer derartigen Kollisionsregelung ist immer zugleich eine bestimmte Ordnung des Raumes. Nachbarrechtsnormen sind daher auch Vorschriften der Raumordnung¹⁾.

1) In diesem Sinne wohl auch Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 19.

Die wichtigste Vorschrift des privaten Immissionsschutzrechts ist § 906 BGB in der Fassung vom 22. Dezember 1959¹⁾. Weiterhin befassen sich § 26 GewO²⁾ und die §§ 54, 58, 148 des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 mit Interessenkonflikten im nachbarlichen Raum. § 26 GewO normiert gegenüber § 906 BGB gesteigerte Einwirkungsbefugnisse für den Inhaber einer gewerberechtlich genehmigten Anlage, die Bestimmungen des ABG befassen sich mit der Lösung des Interessenwiderstreits zwischen Bergbau und Grundeigentum. Beiden Kollisionsregelungen ist gemeinsam, daß sie ausdrücklich - wie § 26 GewO - oder sinngemäß³⁾ - wie die §§ 54, 58, 148 ABG - ein Verbotungsrecht des von Zuführungen aus Gewerbebetrieben oder Anlagen des Bergwesens betroffenen Nachbarn schlechthin ausschließen, dafür aber eine Entschädigung gewähren. Einen ähnlichen Schutz genießen nach jahrzehntelanger Rechtsprechung die sog. lebenswichtigen Betriebe, wie etwa Krankenhäuser, Autostraßen, Post und Eisenbahn. Einwirkungen, die von solchen Betrieben ausgehen, können nicht verboten werden. Zum Ausgleich wird den Betroffenen in entsprechender Anwendung der §§ 904 BGB, 26 GewO, 74, 75 EinlALR ein Ersatzanspruch gewährt (sog.

1) Die Vorschrift lautete bis zu ihrer Neufassung:

"Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig."

- 2) Die GewO vom 21.6.1869 (BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 245) wurde auf Grund des Art. 17 des Gesetzes vom 30.6.1900 i.d.F. vom 26.6.1900 erneut bekannt gemacht.
- 3) Vgl. unten S. 84 f.

privat- oder nachbarrechtlicher Aufopferungsanspruch)¹⁾.

2.) Das Thema der Arbeit

Interessenkonflikte im nachbarlichen Raum, die durch die Zuführung sog. Imponderabilien, d.h. unwägbarer Stoffe der in § 906 Abs. 1 BGB neuer Fassung beispielhaft aufgezählten Art, entstehen, sind mit Hilfe dieser Normen zu lösen.

Wie das Gesetz hierbei vorgegangen ist, soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Dazu ist es erforderlich, die maßgebenden Bewertungen des Gesetzgebers und die von ihm entwickelten Bewertungsmaßstäbe herauszustellen. Entscheidendes Gewicht für die systematische Einordnung der genannten Vorschriften wird dabei vor allem der vom Gesetzgeber gewählten Lösungsmethode beigemessen.

Die Neufassung des § 906 BGB ist bereits von Kleindienst²⁾ in einer tiefgründigen Schrift gewürdigt worden. Die vorliegende Arbeit nimmt einige Gedanken hieraus auf, gelangt dabei jedoch zu teilweise anderen Ergebnissen. § 906 BGB wird so- dann von den Sonderregelungen des Gewerbe- und Bergrechts ab- gegrenzt, und die verschiedenen Lösungsmethoden des Gesetzes werden miteinander verglichen. Schließlich werden auch die Entschädigungsansprüche untersucht.

1) Vgl. RGZ 58, 130 (134); 59, 70 (74); 167, 14 (25); 170, 40 (44); BGHZ 16, 366 (369); BGH LM § 906 Nr. 17; BGH NJW 67, 1857.

2) Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB, Tübingen 1964.

II. Der Nachbarschutz gegen Immissionen nach § 906 BGB

1.) Die Einwirkungs- und Abwehrinteressen des Grundeigentümers

Anstelle einer Definition des Rechtsinstituts Eigentum¹⁾ leitet § 903 BGB den dritten Abschnitt des Sachenrechts ("Inhalt des Eigentums") mit einer allgemeinen Umschreibung der Eigentümerbefugnisse ein: Der Eigentümer darf mit seiner Sache nach Belieben verfahren (positiver Eigentumskern) und andere von jeder Einwirkung auf die Sache ausschließen (negativer Eigentumskern). Diese generell zugewiesenen Nutzungs- und Abwehrbefugnisse können die Eigentümer verschiedener Grundstücke nicht gleichzeitig und nebeneinander ausüben, wie es Fahrniseigentümer könnten. Das ist schon aus tatsächlichen Gründen nicht möglich: kaum eine Grundstücksnutzung läßt sich auf die räumlichen Grenzen des jeweiligen Grundstücks beschränken, sondern jede wirkt in mannigfaltiger Weise auf die Nachbargrundstücke hinüber²⁾. Die einzelnen Grundstücke liegen darum nicht beziehungslos im Raum; sie bilden vielmehr eine räumliche Gemeinschaft. Die Rechtsinhaber selbst befinden sich notwendigerweise in einem "Nachbarverhältnis"³⁾ oder einer "Nutzungsgemeinschaft"⁴⁾.

Nun knüpft das Gesetz in § 903 BGB, ausgehend vom Ergebnis der Teilung des Gesamtraumes durch die Grundstücksgrenzen, die Einwirkungs- und Abwehrbefugnisse gerade an die Zuordnung eines Teils - des Grundstücks -, rechtlich als Eigentum an diesem Einzelobjekt gekennzeichnet. Diese Befugnisse decken sich mit den Interessen der Eigentümer. Interessen sind die

1) Baur, Lehrb., § 24 I 1; Wolff-Raiser, § 51 II 2; Westermann, Lehrb., § 28 I 2.

2) Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 48, ferner Kleindienst, S. 10.

3) Ihering, IDogmJ 6, 81 ff (96).

4) Heck, § 50, 2; Klausing, JW 38, 1681 ff.

"Begehrensvorstellungen"¹⁾, d.h. das Streben der Eigentümer nach einer ihnen möglichst günstigen Rechtslage. Die Interessen sind durch das subjektive Recht Eigentum, wie es § 903 BGB umreißt, gleichsam institutionalisiert.

Wegen der Teilung des Raumes in einzelne Herrschaftsbereiche und der Nachbarschaftslage aller Grundstücke entstehen unweigerlich Interessenkollisionen. Diese müßten durch das Recht gelöst werden. Da § 903 BGB die Interessen selbst institutionalisiert, führt dies zugleich zu Befugniskollisionen.

Denkbar sind zwei Lösungswege einer Kollisionsregelung: Einmal könnte eine gesetzliche Regelung die Abwehrinteressen betonen, so daß es dem Grundeigentümer schlechthin verboten wäre, in irgendeiner Weise auf das Nachbargrundstück einzuwirken. Eine wirtschaftlich vernünftige und sinnvolle Ausnutzung des einzelnen Grundstücks und damit des Gesamtraumes würde dann jedoch verhindert. Gerade die wirtschaftliche Ausnutzung des einzelnen Grundstücks aber ist notwendige Vorbedingung der wirtschaftlichen Blüte eines Landes oder Landstrichs und damit letztlich jeder zivilisatorischen Entwicklung. Wenn das Recht daher die Abwehrinteressen höher bewertete und demnach die Abwehrbefugnisse verstärkte, würde das Leben niedergehalten und ein bestimmter Zustand für alle Zeiten bewahrt. Der Friede unter den Nachbarn wäre durch eine "Friedhofsruhe"²⁾ erkaufte.

Wollte man dagegen dem Grundeigentümer schrankenlos jede Nutzungsart in jedem beliebigen Ausmaß gestatten, so wäre das Ergebnis ebenso unannehmbar: es entstünde eine Herrschaft solcher Nutzungsarten, die gegenüber nachbarlichen Einwirkungen weitgehend unempfindlich wären. Anfälligere Grundstücksnutzungen dagegen stürben nach und nach aus. Die endgültige Ordnung

1) Westermann, Streitentscheidung, S. 14; ders. Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 23.

2) Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 48.

des Gesamtraumes wäre eher vom Zufall als von Lenkungsvorstellungen des Gesetzgebers abhängig¹⁾.

Die "Begehrensvorstellungen" (Interessen) der Bodeneigentümer müssen sich daher eine Anpassung an diejenigen ihrer Nachbarn und an die Erfordernisse einer sinnvollen Raumnutzung gefallen lassen. Die Anpassung hat sich auf einem zwischen den beiden angedeuteten Extremen liegenden Mittelweg zu bewegen. Zwar bewertet § 903 BGB die Eigentümerinteressen bereits generell, auch soweit die Bestimmung das Grundstückseigentum betrifft. Für Konfliktsfälle, die sich aus der Nutzung eines Einzelgrundstücks ergeben, muß das Gesetz jedoch eine speziellere Bewertung bereit halten, die die natürlichen Bedingungen einbezieht.

Auf dem Zwang, für Interessengegensätze aus Nutzungsrechten im Raum spezielle Regelungen zu schaffen, beruhen die Normen des Nachbarrechts²⁾. Die Wertmaßstäbe der Nachbarrechtsnormen sind das Ergebnis einer - gegenüber der generellen Bewertung des § 903 BGB - abweichenden Wertentscheidung des Gesetzgebers. Das Wissen um diese Wertmaßstäbe eröffnet erst die Einsicht in die Besonderheiten der jeweiligen Regelung. Es ist daher erforderlich, zunächst die Grundsätze der gesetzlichen Interessenbewertung herauszustellen.

2.) Die Lösung von Interessenkonflikten durch gesetzliche Interessenbewertung

Ein Interessenkonflikt ist durch eine gesetzliche Interessenbewertung zu lösen. Einen Wertrang erhalten die "Begehrensvorstellungen"³⁾ als das Objekt der Bewertung erst durch die Bewertung des Gesetzes. Das mag ein psychologischer Vorgang

- 1) Kleindienst, aaO S. 11 ff, spricht in diesem Zusammenhang anschaulich von einem statischen Modell (Betonung der Abwehrbefugnisse) und einem dynamischen (Verabsolutierung der positiven Gestaltungsbefugnisse).
- 2) Vgl. Baur, Lehrb., § 25 IV 1a; Westermann, Lehrb., § 63 I 1, 2.
- 3) Westermann, Streitentscheidung, S. 14; ders. Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 23.

sein, solange sich die Gesetzgebungsorgane mit der Abwägung der verschiedenen Momente, die für oder gegen die eine oder andere Entscheidung sprechen, befassen¹⁾. Sobald das Gesetz nach seinem Erlaß ein Eigenleben führt, enthält es selbst die Bewertung. Der Inhalt der Bewertung (durch das Gesetz) ergibt sich an Hand der Wertmaßstäbe²⁾. Diese Wertmaßstäbe sind das Ergebnis der Bewertung durch den Gesetzgeber als eines psychologischen Akts, aber der Inhalt der Bewertung des Gesetzes als eines Eigenbildes. Die Wertung des Gesetzgebers vollzieht sich an Hand von Bewertungsfaktoren. Es sind dies die einzelnen Momente, die Beachtung erfordern und die durch gegenseitige Abwägung eine Bevorzugung oder Benachteiligung erfahren sollen. Hierzu gehören nicht nur die Interessen der beteiligten Interessenträger, sondern auch Gesichtspunkte allgemeiner wirtschaftlicher oder sozialpolitischer Art, schließlich auch solche der Zweckmäßigkeit³⁾. Die Interessen werden vom Gesetzgeber an seiner Gerechtigkeitsidee gemessen, und hiernach werden die Wertmaßstäbe und deren Rechtsfolgen ausgebildet⁴⁾. Dabei hat der Gesetzgeber einen weitreichenden Ermessensspielraum; ihm steht es im wesentlichen frei, welche Interessen er bevorzugen oder benachteiligen oder welchen allgemeinen Erwägungen er im Konfliktsfalle Raum geben will. Die Wertungsfreiheit wird nur durch Vorentscheidungen der Verfassung oder durch spezielle Ausprägungen der Gerechtigkeitsidee durch eine vorgegebene rechtskulturelle Auffassung ein-

1) Vgl. Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 23 FuBn. 30, im Anschluß an Larenz, Methodenlehre, S. 124.

2) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 23 f; ders. Streitentscheidung, S. 14 ff.

3) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 23 f.

4) Westermann, aaO S. 24; ders. Streitentscheidung, S. 17. Kritisch hierzu Hubmann, AcP 155, 95.

geengt¹⁾.

Wenn die Interessen als reine "Begehrensvorstellungen" erst durch die gesetzliche Bewertung einen Wertrang erhalten, indem der Gesetzgeber entsprechend seiner Ermessens- und Wahlfreiheit Wertmaßstäbe setzt, ist er auch in der Wahl der Lösungsmethode frei, ja er muß es sein, um die Tendenzen bevorzugen zu können, die er bevorzugen möchte. Die Wahl der Lösungsmethode des Interessenwiderstreits ist daher der erste Schritt der Kollisionsregelung²⁾.

Da es sich bei den Nachbarrechtsnormen um Vorschriften handelt, die sich mit der Kollision von Eigentümerinteressen befassen, ist zu beachten, daß die jeweilige Regelung stets unter dem Blickwinkel des durch die Verfassung gewährleisteten Instituts Eigentum zu sehen ist. Nur solche Wertmaßstäbe verdienen daher heute Beachtung, die mit der Eigentumsgarantie in Einklang stehen. Widersprechen sie Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, sind sie nichtig. Allenfalls kommt eine verfassungskonforme Auslegung in Frage.

Bei der Gesetzesauslegung sind die Wertmaßstäbe, sofern dies möglich ist, zu ermitteln. Dabei ist bedeutsam, daß sich die Wertmaßstäbe nicht aus einer bloßen Gegenüberstellung der möglicherweise beteiligten Interessen erschließen lassen, sondern daß gerade der Wertinhalt herauszustellen ist, den das

-
- 1) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 27. "Wertungsfreiheit" in diesem Sinne bedeutet, daß erst die gesetzliche Bewertung den Interessen einen Wertrang und damit Schutzwürdigkeit, Höherwertigkeit und Geringerwertigkeit zuerkennt. Ebenso wohl auch Engisch, S. 107, 110. Grundsätzlich anders dagegen Hubmann, AcP 155, 95, 97 ff; nach ihm wohnt den Interessen selbst, d.h. unabhängig von ihrer Stellung im konkreten Fall, ein verschiedener Wertgehalt inne.
 - 2) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 28. Im Gegensatz hierzu Hubmann, AcP 155, 97 ff. Da dieser den Interessen schon von sich aus oder ihrer Natur nach einen bestimmten Wertgehalt zuweist, hat sich die Interessenabwägung vornehmlich an dem vorgegebenen Wertrang der kollidierenden Rechtsgüter zu orientieren, und die Lösungsmethode ist demnach vorgezeichnet, vgl. aaO S. 123 ff.

Gesetz ihnen durch die Bewertung beimessen will¹⁾. Eine Anpassung der Wertmaßstäbe an die Erfordernisse der Zeit ist nicht nur statthaft, sondern sogar geboten, falls die Bewertungsgrundlagen nicht mehr zutreffen und damit den Wertmaßstäben der eigentliche Sinn entzogen wird. Das sind Aufgaben der Gesetzesauslegung, die bei der richterlichen Interessenbewertung wichtig werden²⁾.

3.) Die Interessenbewertung in § 906 Abs. 1 BGB

Die bedeutsamste Vorschrift zur Lösung von Interessenkollisionen im nachbarlichen Raum ist § 906 BGB. Absatz 1 bestimmt, daß der Grundstückseigentümer zur Duldung aller nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigender Einwirkungen verpflichtet ist. Das nach § 903 BGB scheinbar unbegrenzte Verbotungsrecht³⁾ wird durch eine Duldungspflicht begrenzt, die einen Kompromiß zwischen den Einwirkungs- und Abwehrinteressen der beteiligten Nachbarn schafft. Bewertungsmaßstab ist, daß durch diese Duldungspflichten die Ausübung des Grundstückseigentums für die Mehrzahl aller Fälle ausreichend ermöglicht wird. Das Gesetz bedient sich einer Lösungsmethode, durch welche die Interessen aller gleichmäßig reduziert und damit gleichzeitig nur in einem gewissen Umfange als schutzwürdig anerkannt werden. Die sich unausweichlich gegenüberstehenden Eigentümerin-

1) Westermann, aaO S. 25; ders. Streitentscheidung, S. 17. Ähnlich Hubmann, aaO S. 95 f; Reinhardt, S. 17 ff, 25.

2) Westermann, Streitentscheidung, S. 21 ff; ders. Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 26 ff; Reinhardt, aaO S. 25.

3) Anspruchsgrundlage ist freilich nicht § 903, sondern § 1004 BGB.

teressen üben aufeinander eine "mäßigende, begrenzende Wirkung"¹⁾ aus.

Damit erscheint nicht mehr § 903 BGB als selbständiger Anknüpfungspunkt nachbarlicher Befugnisse und Verpflichtungen, sondern die Macht im Nachbarraum wird nach § 906 Abs. 1 BGB vergeben. Die generellen Befugnisse, die § 903 Abs. 1 BGB gewährt, werden um speziell zugewiesene Befugnisse verringert. Gesetzestechisch löst das Gesetz diese Aufgabe, indem es den von einer möglichen Einwirkung betroffenen Nachbarn Duldungspflichten auferlegt. Man könnte daher sagen, daß nicht § 903, sondern § 906 Abs. 1 BGB den Inbegriff des Bodeneigentums verkörpere²⁾. Der Eigentumsbegriff des § 903 BGB gälte dann insofern nur als eine Art gesetzlichen "Denkmodells"³⁾.

Durch die Auferlegung von Duldungspflichten gegenüber Einwirkungen bestimmter Art und Wirkung werden die Interessen aller Bodeneigentümer bewertet. Die gesetzestechische Methode, einen Ausgleich der Interessen durch gleichmäßige Reduzierung der Befugnisse zu gewähren (wenn auch nur bei einem gedachten weitergehenden Eigentum) ist zugleich Ausdruck des Wertungsmaßstabs: die Interessen sollen so weit begrenzt werden, daß die Ausübung des Grundstückseigentums überhaupt möglich wird und daß eine, wenn auch noch unvollkommene Ordnung des Gesamt- raumes herbeigeführt wird. Dabei soll niemand bevorzugt oder benachteiligt werden. Jeder Grundstückseigentümer steht unwesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen ohne Abwehrbefugnis gegenüber. Dafür ist er seinerseits berechtigt, unwägbare

1) Hubmann, AcP 155, 126, bezeichnet diese Art der Konflikts-
lösung als Ausgleichsprinzip. Von ihm stammt auch das Zitat.

2) So z.B. Mosich, IDogmJ 80, 255 ff, der für das Grundstückseigentum den neuen Rechtsbegriff "Grundeigen" prägen will; was Inhalt dieses "Grundeigens" sei, bestimmen nach ihm die §§ 905, 906 BGB. Vgl. aaO S. 272 ff, 300, 321 ff. Im Ergebnis wohl ähnlich Kleindienst, S. 14, 16 Fußn. 18.

3) So H. Schulte, ZfB 107, 194.

Stoffe dem Nachbargrundstück bis zu dem Grade zuzuführen, der von der Duldungspflicht des Nachbarn gedeckt ist. Damit konkretisiert das Gesetz für das gesamte Grundstückseigentum die positiven wie negativen Befugnisse einheitlich. Weitergehende Befugnisse hat niemand; überschreitet er sie, löst er die Verbotungsrechte des Betroffenen gemäß § 1004 BGB aus. Nach § 906 Abs. 1 BGB dürfen die verschiedenen Nutzungsarten bis zu einem gewissen Grade ineinander übergreifen und sich überlagern. Der Rechtstitel für diese Befugnisse ist die Innehabung des Eigentums oder - räumlich gesehen - die Beteiligung am Gesamtraum.

Umfang und Reichweite der Befugnisse der Nutzungsberechtigten werden durch Duldungspflichten abgesteckt, deren Umfang sich wiederum aus dem Grade und den Wirkungen der Beeinträchtigung ergeben. Da insofern alle Beteiligten vom Gesetz gleich behandelt werden, besteht auch kein Grund, den Betroffenen einen Ausgleich in Geld zuzubilligen. Jede Interessenbegrenzung kommt dem Betroffenen unmittelbar wieder zugute: Der Ausgleich für die auferlegte Duldungspflicht sind die zugleich erweiterten eigenen Einwirkungsmöglichkeiten^{1) 2)}.

4.) Die Raumabhängigkeit des Grundstückseigentums (§ 906 Abs. 2 BGB)

Eine weitergehende Duldungspflicht, die auch gegenüber wesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen besteht, legt § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB fest; der betroffene Grundstückseigentümer muß solche Einwirkungen hinnehmen, wenn sie aus einer ortsüblichen Benutzung des anderen Grundstücks stammen und nicht

-
- 1) In diesem Sinne Kleindienst, S. 47 f; Liver, aaO S. 750; wohl auch Hubmann, AcP 155, 131.
 - 2) Daraus, daß die Befugnisse des § 906 Abs. 1 BGB unmittelbar aus dem Eigentum fließen, wird bisweilen geschlossen, § 1004 Abs. 2 gelte für solche Nachbarrechtsnormen nicht (so z.B. Erman-Hefermehl, § 1004 Anm. 10; wohl auch Mühl, NJW 60, 1134). § 1004 BGB ist jedoch als Beweisnorm bewußt negativ

durch Maßnahmen verhindert werden können, die Benutzern dieser Art zumutbar sind. Diese Duldungspflicht besteht schlechthin; es ist unerheblich, ob der beeinträchtigte Nachbar selbst nicht ortsüblich oder entsprechend den besonderen örtlichen Verhältnissen nutzt. Unterhält er jedoch eine ortsübliche Grundstücksnutzung, wird ihm ein Anspruch auf "angemessenen Ausgleich" gewährt, wenn die Nutzung oder der Ertrag seines Grundstücks "über das zumutbare Maß hinaus" beeinträchtigt werden (Satz 2 aaO).

a) Begriffliche Gegenüberstellung von Inhaltsbestimmungen
des Eigentums und besonderen Duldungspflichten

Westermann¹⁾ hat in einer früheren Äußerung der Vorschrift des § 906 BGB alter Fassung, die bekanntlich keinen Geldausgleich vorsah, gegenüber anderen Nachbarrechtsnormen eine Sonderstellung eingeräumt. Er hat ausgeführt: die durch § 906 BGB begründeten Duldungspflichten beschränkten nicht als äußere Fessel ein an sich unbeschränktes Eigentum, sondern bestimmten den Inhalt des Eigentums. Dem entspreche die Allgemeingültigkeit der Regelung für alle nachbarschaftlichen Grundstücke: nicht berechtigende und verpflichtende Beziehungen zwischen den verschiedenen Eigentümern, sondern absolut wirkende Inhaltsbestimmung des Eigentums sei das Ergebnis. Das BGB habe folglich auch keinen Anlaß, die Folgen des § 906 BGB durch Zahlungspflichten auszugleichen, wie es das für den Überbau in § 912, den Notweg in § 917 BGB tue. (Auch) durch die Duldungspflicht des § 26 GewO werde nicht schlechthin der Inhalt des Eigentums bestimmt, sondern eine besondere Duldungspflicht²⁾ zu Gunsten einer über den allgemeinen Kern des

geschaffen, schließt sich also an § 903 BGB an. So mit Recht Erman-Westermann, § 906 Anm. 6b; Soergel-Siebert-Baur, § 1004 Anm. 26; Wolff-Raiser, § 51 II 2. Zur Entstehungsgeschichte: Mosich, IDogmJ 80, 274.

1) Gesetzliche Maßnahmen, S. 18.

2) Hervorhebung vom Verf.

Eigentums hinausgehenden Nutzungsbefugnis geschaffen, die finanziell auszugleichen sei.

Westermann grenzt also allgemeine Duldungspflichten, die zu einer Inhaltsbestimmung des Eigentums führen, von besonderen Duldungspflichten ab. Besondere Duldungspflichten müssen durch Geldzahlung des Bevorrechtigten ausgeglichen werden, während allgemeine nicht zu einem Geldausgleich nötigen.

Der Begriff einer Inhaltsbestimmung ist aus Art. 14 GG geläufig. Dort heißt es in Abs. 1 Satz 2: Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch die Gesetze bestimmt. Als Inhaltsbestimmungen werden häufig solche gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gekennzeichnet, die nicht Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG sind und auch nicht enteignungsgleich wirken. Nun ist § 906 BGB - auch in seiner jetzigen Fassung - sicherlich nicht als Enteignungsnorm anzusehen, und das gleiche gilt für die anderen von Westermann genannten Bestimmungen der §§ 912, 917 BGB, 26 GewO. Vorschriften, durch die private Kollisionen geregelt werden, sind vielmehr stets Inhaltsbestimmungen des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, wie jetzt schon behauptet und an anderer Stelle ausgeführt werden wird¹⁾. Westermann meint aber nicht diesen "verfassungsrechtlichen" Begriff der Inhaltsbestimmung. Er möchte vielmehr einen Kern des Eigentums herausstellen, der sich gemeinhin mit dem Begriff des Eigentums, hier Grundstückseigentums, verbindet. Eigentum in diesem Sinne kann jederman haben; es gewährt allgemeine, d.h. allen Eigentümern ohne Ausnahme zustehende positive wie negative Befugnisse. Darauf deutet auch hin, daß Westermann im Zusammenhang mit § 906 BGB von einer "Allgemeingültigkeit" der Regelung für alle nachbarschaftlichen Grundstücke" spricht²⁾.

Berechtigt und verpflichtet ist bei diesem Ansatzpunkt immer ein größerer Kreis von Grundstückseigentümern. Das Gesetz hat

1) Vgl. unten S. 22 ff.

2) Gesetzliche Maßnahmen, S. 18. Hervorhebung vom Verf.

ihre Interessen bewertet, sie im Rechtsbegriff Eigentum institutionalisiert und zu bestimmten Befugnissen ausgestaltet. So weist das Eigentum selbst als Ursprung und Quelle der Befugnisse stets eine gewisse Qualität auf: es berechtigt zu unwesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen auf das Nachbargrundstück, ohne Rücksicht auf die Art der Bodennutzung, und zu wesentlichen Beeinträchtigungen, dabei aber beschränkt auf diejenigen aus einer ortsüblichen Nutzung.

Eine Entschädigungspflicht dagegen wird von Westermann deutlich als Folge einer "besonderen" Duldungspflicht gedeutet. Ein gesetzlich angeordneter finanzieller Ausgleich könnte aber auch nach dieser Auffassung immerhin ein starkes Indiz dafür sein, daß eine besondere Duldungspflicht vorliegt. So begründen auch die von Westermann als Beispielsfälle besonderer Duldungspflichten angeführten §§ 912, 917 BGB, 26 GewO einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Grundstückseigentümers. Dann kann aber auch § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB eine besondere Duldungspflicht auferlegen, weil der durch ortsübliche Immissionen wesentlich beeinträchtigte Grundstückseigentümer - wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen - einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich erwirbt.

Diesen Schluß zieht Kleindienst¹⁾. Auch er will einen allgemein oder typischerweise zugewiesenen Eigentumsinhalt herausstellen. Er meint jedoch, durch die Verknüpfung bestimmter weitgehender Duldungspflichten mit einer Geldforderung gegen den einwirkenden Nachbarn bringe das Gesetz unwiderleglich zum Ausdruck, daß die Duldungspflichten des § 906 Abs. 2 BGB nicht der Bestimmung des typischen Eigentumsinhalts dienen, sondern in Abweichung von ihm - zu Gunsten des einen und zum Nachteil des anderen Eigentümers - nur ausnahmsweise erlaubt würden. § 906 BGB neuer Fassung gebe daher grundsätzlich ein Verbotungsrecht gegenüber allen wesentlich beeinträchtigenden Immissionen, so daß auch Störungen aus ortsüblicher Nutzung der Nachbargrundstücke nur unter stark einschränkenden Vorausset-

1) aaO S. 20 f, 44 f.

zungen und nur in geringerem Umfange ersatzlos hinzunehmen seien¹⁾. Grundlage für den Ausgleichsanspruch sei der Entzug prinzipiell zugewiesenen Eigentumsinhaltes, eine Ansicht, die für den Bereich des § 26 GewO längst Allgemeingut sei²⁾. Hiervon aber könne erst dort gesprochen werden, wo das objektive Recht Immissionen zulasse, die - nach Art und Stärke - typischerweise nur einzelne Grundstückseigentümer eines gegebenen Raumes erzeugen könnten, während die anderen davon allein Nachteile hätten. Solche Nachteile habe der einseitig Bevorrechtigte in Geld auszugleichen³⁾.

Kleindienst will also eine besondere Duldungspflicht, die er "Entzug eines an sich weiterreichenden Eigentumsrechtes"⁴⁾ nennt, für die Fälle annehmen, da eine ortsübliche Nutzung unzumutbar beeinträchtigt wird. Um eine allgemeine, aus dem typischen Eigentumsgehalt folgende Duldungspflicht dagegen müßte es sich nach dieser Ansicht handeln, wenn der von ortsüblichen Einwirkungen betroffene Grundstückseigentümer die Beeinträchtigung einer nicht ortsüblichen Nutzungsart oder einer zwar ortsüblichen, diese aber in noch zumutbarem Maße hinzunehmen hätte. Damit würde es sich bei § 906 Abs. 2 BGB um eine Norm handeln, die - je nach den tatsächlichen Verhältnissen allein auf Seiten des Betroffenen (ortsübliche - nicht ortsübliche Nutzung; nicht zumutbare - zumutbare Beeinträchtigung) - einmal eine allgemeine, zum anderen eine besondere Duldungspflicht begründete.

An dieses merkwürdig erscheinende, aber in sich folgerichtige Ergebnis knüpft H. Schulte⁵⁾ mit seiner Kritik an. Nach ihm gibt es zwischen Inhaltsbestimmungen, die zu allgemeinen Duldungspflichten führen, und besonderen Duldungspflichten keinen

1) S. 21.

2) Kleindienst, aaO S. 44.

3) S. 47 f.

4) S. 44, 48.

5) Diss., S. 52 ff.

wesensmäßigen, sondern wegen der Intensität der Duldungspflichten allenfalls einen quantitativen Unterschied. Er meint, auch im Falle des § 26 GewO werde dem Eigentümer der Abwehranspruch genommen, also werde hier der Inhalt seines Eigentums genauso bestimmt wie etwa bei § 906 Abs. 1 BGB. Der in § 26 GewO gegebene Entschädigungsanspruch habe mit dieser Frage nichts zu tun; er mache den Eingriff nicht ungeschehen und verhindere ihn nicht. Art und Umfang des Eingriffs seien unabhängig davon, ob nach Vollzug des Eingriffs eine Ausgleichsleistung erfolgen müsse oder nicht. Daher seien die Rechte aus § 906 Abs. 2 BGB ebenso wie die aus §§ 906 Abs. 1 BGB, 26 GewO allesamt als Einwirkungsrechte zu bezeichnen. Zwischen ihnen bestehe der Unterschied nur nach der Schwere des zugemuteten Opfers - und umgekehrt: man könne sie gleichermaßen als Inhaltsbestimmung kennzeichnen.

H. Schulte untersucht die privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte¹⁾, prüft also vornehmlich, was der Einwirkungsberechtigte darf und der Betroffene demgegenüber dulden muß. Bei diesem Ansatzpunkt ist freilich die Feststellung, daß sowohl die Duldungspflichten der §§ 906 Abs. 1, Abs. 2 BGB und des § 26 GewO negatorische Befugnisse entziehen und dadurch den Inhalt des Eigentums auf Seiten des Betroffenen berühren, nicht zu widerlegen. Insofern besteht sicherlich nur ein quantitativer Unterschied zwischen den verschiedenen Duldungspflichten.

Westermann spricht aber - wie schon betont - im Zusammenhang mit § 906 BGB alter Fassung von der Inhaltsbestimmung des Eigentums als von der "Allgemeingültigkeit der Regelung für alle nachbarschaftlichen Grundstücke"²⁾. Er stellt also heraus, daß es bei § 906 BGB potentiell immer zwei Nachbarn sind, die zugleich begünstigt und benachteiligt werden. Damit erkennt

1) Vgl. den Ausgang seiner Untersuchung, S. 42, und das Ergebnis, S. 130 ff.

2) Gesetzliche Maßnahmen, S. 18.

er dem Grundeigentum in jeder Lage eine bestimmte Qualität zu, und diese Qualität bestimmt als Summe rechtlichen Dürfens und Duldenmüssens Art und Umfang der eigenen und der fremden Immissionsfreiheit. Jeder Grundeigentümer an jedem beliebigen Ort darf den Nachbarn unwesentlich beeinträchtigen. Wesentlich beeinträchtigende Immissionen darf er zuführen, wenn diese dem im Raum Üblichen entsprechen¹⁾.

Eine solche Wechsel- und Gegenseitigkeit der nachbarlichen Befugnisse fehlt bei den Duldungspflichten des § 26 GewO. Über § 906 BGB hinausgehende Einwirkungsbefugnisse erwirbt nur der Inhaber der konzessionierten Anlage. Bei seinen Nachbarn bleibt es bei der allgemeinen Regelung. Die weitergehende Immissionsfreiheit des Betriebsinhabers benachteiligt zwar das subjektive Eigentumsrecht, entspringt aber selbst nicht dem Eigentum, sondern beruht auf einer ausdrücklich durch § 26 GewO angeordneten Vorzugsstellung, die an die Konzession als auslösenden Akt anknüpft.

Allgemeine und besondere Duldungspflichten unterscheiden sich daher zumindest in einem wesentlichen Punkte: nach der Zahl der potentiell Betroffenen und Begünstigten. Da H.Schulte lediglich die Auswirkung der Duldungspflichten beobachtet, widerlegt er eigentlich nicht die Brauchbarkeit einer Trennung zwischen Inhaltsbestimmungen des Eigentums, d.h. allgemeinen Duldungspflichten aus dem typischen Eigentumsgehalt, und besonderen Duldungspflichten, sondern er definiert nur den Begriff der Inhaltsbestimmung anders als Westermann²⁾. Das wird auch an einer anderen Stelle³⁾ deutlich,

1) Vgl. auch Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 47 ff, 51, 55.

2) Westermann, aaO S. 18.

3) Diss., S. 87; zu den Inhaltsbestimmungen gehören nach H.Schulte die privatrechtlichen Kollisionsregelungen, die als selbständige Fallgruppe neben der Sozialbindung des Eigentums und der Enteignung bestehen, vgl. aaO S. 89 ff, 101 ff. Vgl. weiter unten S. 25 f.

wenn er ausführt, die nachbarrechtlichen Einwirkungsbefugnisse seien mit der Innehabung eines bestimmten Rechtes unlösbar verknüpft, so daß man sagen müsse, sie seien Inhalt des Eigentums. Inhalt des Eigentums sind hiernach alle Duldungspflichten auf Seiten der möglicherweise betroffenen Nachbarn, da das Gesetz - ausgehend vom Gesetzesvorbehalt des § 903 BGB - Einwirkungsrechte nur im Wege von Duldungspflichten zu konstruieren vermag. Dieser Begriff der Inhaltsbestimmung ist aber der des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, den Westermann und Kleindienst nicht meinen¹⁾.

Beide wollen vielmehr den typischen Eigentumsgehalt bestimmen, der dem Eigentum als einem subjektiven Recht innewohnt und zu einer bestimmten rechtlichen Qualität des Eigentums selbst führt. Hierzu gehört die Befugnis, die Grundstücksgrenzen durch eigene Benutzung überschreiten zu dürfen, aber auch die Verpflichtung, ebensolche Einwirkungen der Nachbarn hinnehmen zu müssen. Kleindienst²⁾ weist zu Recht darauf hin, daß man von einem gesetzlichen Rechtsentzug so lange nicht sprechen könne, als jede Verminderung der negatorischen Befugnisse mit einer Vermehrung der positiven Gestaltungsmöglichkeiten gekoppelt sei und umgekehrt.

Dagegen begründen die Vorschriften der §§ 912, 917 BGB, 26 GewO nur einseitig Vorteile und Nachteile. Es fragt sich, ob dies ausreicht, ihnen gegenüber § 906 Abs. 2 BGB eine an-

1) Das wird bei Westermann, Ges. Maßn., S. 18, daraus ersichtlich, daß er Inhaltsbestimmungen des Eigentums von besonderen Duldungspflichten abgrenzt und Art. 14 I 2 GG nicht erwähnt. Kleindienst, aaO S. 47 f spricht bei § 906 I BGB von Eigentumsinhalt, bezeichnet aber auch die sich nach seiner Auffassung hiervon unterscheidenden §§ 906 II, 26 GewO als Fälle "gesetzlicher Bestimmung von Eigentumsschranken (Art. 14 I 2 GG)", aaO S. 45. Ähnlich Liver, aaO S. 749 f.

2) aaO S. 47 f.

dersartige Natur zuzuweisen und sie als einen Eingriff in den typischen Eigentumsgehalt zu betrachten.

b) Das Eigentum als Rechtsinstitut und als subjektives Recht

Einem Einwand gilt es jedoch zuvor zu begegnen, nämlich dem, was es für einen Sinn haben könne, einen allgemeinen Eigentumsinhalt herauszustellen; denn damit werde doch - so könnte man weiter sagen - nur ein "an sich" unbeschränktes Eigentum geschaffen, das es in dieser Form nie gegeben habe, und ein Denkbehelf wie der des § 903 BGB werde mit normativer Kraft ausgestattet¹⁾.

Diese Auffassung muß den Begriff Eigentum auf rein formale Kriterien reduzieren; - Eigentum erscheint hier vornehmlich als Summe derjenigen Befugnisse, die das positive Recht ausdrücklich zuweist²⁾. Ohne materielle Kriterien ist aber auch die Verfassungsnorm des Art. 14 GG nicht auszulegen: ein entweder "traditionell"³⁾ oder verfassungsmäßig vorgegebenes Eigentum ist Vorbedingung dafür, daß sich Inhaltsbestimmungen und enteignend wirkende staatliche Eingriffe voneinander unterscheiden lassen.

In neuerer Zeit mehrten sich Stimmen, die den Rechtsbegriff Eigentum neu zu definieren suchen. So wird betont, daß das Eigentum einmal als Rechtsinstitut von der Seite der Rechtsordnung her gesehen werden müsse, zum anderen als subjektives Recht vom einzelnen her⁴⁾. Soweit es um das Rechtsinstitut

1) H. Schulte, ZfB 107, 194, 58.

2) So z.B. Werner Weber, Die Grundrechte II, S. 347; v.Mangoldt-Klein, Art. 14 II 9 b.

3) In diesem Sinne wohl Werner Weber, aaO S. 356; v.Mangoldt-Klein, Art. 14 II 6 c; Huber II, S. 9 ff.

4) Vgl. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, S. 145 ff, 148 ff; zust. Kleindienst, S. 46; ferner Pawlowski, AcP 165, 395 (404 ff, 411 ff, 419).

Eigentum geht, erscheint dieses von seiner Funktion her als "Mittel sozialer Bindung", weil es zum Aufbau der Staats- und Rechtsordnung beitragen muß¹⁾. So gesehen dient das Eigentum dazu, bestimmte gesellschaftliche oder wirtschaftliche Aufgaben erfüllen zu helfen (z.B. der Wohnraumbewirtschaftung); es ist damit zeitgebunden und wandelbar. Das "Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Bindung"²⁾ führt zu immer neuen Kompromissen, die eine Anpassung des Eigentums als Rechtsinstitut an die jeweiligen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglichen sollen³⁾. Der sozialetische Vorbehalt des Art. 14 Abs. 2 GG dürfte Ausdruck des Verfassungsprinzips sein, daß das private Eigentum als Baustein der jeweils herrschenden und erstrebten Gesellschaftszustände herangezogen werden kann.

Daneben ist das Eigentum subjektives Recht, insofern es dem Eigentümer ermöglicht, seine eigenen Bedürfnisse zu erfüllen und seine eigenen Lebensgewohnheiten hieran auszurichten. Eigentum in diesem Sinne ist Ausdruck des persönlichen "Macht- und Freiheitsraumes"⁴⁾. Von einem solchen persönlichen Bereich läßt sich sinnvoller Weise nur im Verhältnis zu anderen Personen sprechen, die Eigentümer sein oder werden können⁵⁾. Es kann daher zugleich auch Ausdruck der Beziehungen einzelner Personen untereinander sein und ist insoweit auch ein "soziales Phänomen". Da die Herrschaftsbefugnisse

1) Pawlowski, AcP 165, 419; Raiser, aaO S. 148 ff.

2) Westermann, Lehrb., § 28 II 3; BGHZ 6, 270; 43, 205.

3) Ähnlich Westermann, Lehrb., § 28 II 3; Pawlowski, AcP 165, 411 ff.

4) Kleindienst, S. 46, Raiser, aaO S. 148 ff; Pawlowski, aaO S. 414 ff, der diesen Bereich als "Substanzeigentum" bezeichnet.

5) Vgl. Pawlowski, AcP 165, 404 f; ähnlich BVerfGE 14, 263 (277 f) = NJW 62, 1667: das Eigentum sei das wichtigste Rechtsinstitut zur Abgrenzung privater Vermögensbereiche; vgl. außerdem Raiser, JZ 61, 465 (472 ff).

des einzelnen voneinander abgegrenzt werden müssen, ist das Eigentum, von der Person des jeweiligen Inhabers her, eine Summe von Befugnissen und Bindungen. Die Bindungen und Beschränkungen geben ihm erst Form und Inhalt; denn das freie Belieben des einzelnen muß eingeschränkt werden, damit das Eigentum als Mittel der Verwirklichung der eigenen Persönlichkeit¹⁾ überhaupt einen Wert darstellt. Demgegenüber faßt eine Betrachtungsweise, die das Eigentum in erster Linie als Rechtsinstitut, d.h. von der Rechtsordnung her, begreift, vornehmlich die Funktion für die Gemeinschaft ins Auge und richtet den jeweiligen Inhalt nach deren Bedürfnissen aus. Eigentum als Ausdruck der eigenen Persönlichkeit und des eigenen Macht- und Freiheitsraumes (subjektives Recht) ist das, was im nachfolgenden als der allgemeine (typische) Eigentumsgehalt bezeichnet wird. Beschränkungen des Eigentums, die ermöglichen sollen, daß andere Eigentümer ebenfalls ihr Eigentum ausüben können, sind dem Eigentum immanent und natürliche Begrenzungen. Einschränkungen dagegen, die andere Ziele verfolgen und regelmäßig nur einzelne treffen, entziehen dem Eigentümer das, was ihm an sich zugewiesen ist²⁾.

§ 903 BGB ist daher nicht der Inbegriff des subjektiven Rechts Eigentum. Vielmehr ist nach materiellen Kriterien zu suchen, die es ermöglichen, einen Kern an Eigentum herauszustellen, der - auch durch das BGB - gesichert und erhalten werden soll.

Hier nun berühren sich die eigentumsgestaltenden Normen der einfachen Gesetze mit der Garantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Verfassungsnorm schützt das "Eigentum" hinsichtlich

1) In diesem Sinne Westermann, Lehrb., § 28 II 2.

2) Kleindienst, S. 46, der auch darauf verweist, daß es durchaus sinnvoll sein könne, ein an sich gegebenes Eigentum herauszustellen. So könne man auch bei § 904 BGB wohl nicht davon sprechen, daß die dem Eigentümer zugewiesene Herrschaftsmacht deshalb gleich Null sei, weil der Eigentümer die Zerstörung seiner Sache zur Abwendung eines Notstandes dulden müsse, aaO S. 20 Fußn. 23.

der beiden - eben beschriebenen - Funktionen; ihr Schutz gilt dem privaten Eigentum als Baustein der Rechts- und Verfassungsordnung, und sie gewährleistet es im Hinblick auf den einzelnen Berechtigten¹⁾.

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist demnach dann verletzt, wenn Normen entweder die Funktion des Eigentums als Mittel sozialer Bindung (Art. 14 Abs. 2 GG) überdehnen und Inhalt und Grenzen des Eigentums so eng ziehen (vgl. die Ermächtigung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), daß das Eigentum als Rechtsinstitut (von der Seite der Rechtsordnung her gesehen) und als Mittel der Persönlichkeitsentfaltung (als subjektives Recht) seinen Wert verliert und ausgehöhlt wird, so daß die Schwelle zur Enteignung überschritten ist. Abgrenzungskriterien sind in Fülle - allerdings mehr unter dem Gesichtspunkt Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG)-Enteignung - entwickelt worden²⁾. Soweit es um die Funktion des Eigentums als eines Rechtsinstituts geht, kann der Gesetzgeber das Verdikt der Nichtigkeit nur durch Festsetzung einer Enteignungsentschädigung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG vermeiden, wenn die begrifflichen Merkmale des enteignend wirkenden Eingriffs vorliegen³⁾.

Beschränkungen des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG berühren den Freiheitsraum des einzelnen und sind daher nur im Verhältnis zu anderen Privatrechtssubjekten denkbar. Hier hat der Gesetzgeber Entschädigungspflichten festzusetzen, wenn der typische Eigentumsgehalt berührt wird. Die Abgrenzungsproblematik zwischen Eigentumsbeschränkungen

-
- 1) Zur zweifachen Gewährleistung des Art. 14 GG i.S. einer Garantie des Grundrechts der Eigentumsfreiheit und der objektiven Rechtseinrichtungen (Institutsgarantie) vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 14 II 6; BK Art. 14 Anm. 26; Huber II, S. 9; Werner Weber, aaO S. 355-361, 362-370.
 - 2) Zu den einzelnen Theorien: vgl. Westermann, Lehrb., § 28 II 4; BK, Art. 14 Anm. 46-58.
 - 3) Das ist auch der Sinn der Junktim-Klausel des Art. 14 III GG. Vgl. dazu Werner Weber, aaO S. 384 ff; BVerfGE 4, 219 (235 ff).

und Enteignungen taucht hier also ebenfalls auf¹⁾. Notwendigerweise handelt es sich jedoch hier um private Entschädigungspflichten. Normen, die den Inhalt des Eigentums als eines subjektiven Rechts ausgestalten, sind demnach stets als Kollisionsnormen anzusehen. Sie bilden neben den Enteignungsvorschriften und solchen, die die Sozialpflichtigkeit des Eigentums konkretisieren, eine weitere Gruppe²⁾.

Jedoch ist zu beachten, daß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG lediglich eine Mindestgarantie enthält. Deshalb sind Fälle denkbar, in denen das objektive Recht eine Entschädigung anordnet, obwohl der typische Eigentumsgehalt eigentlich nicht angetastet ist: Der Gesetzgeber kann Entschädigungen festsetzen, obwohl ein Eingriff in die Substanz des Eigentums nicht vorliegt und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG dies nicht gebietet. Auch solche Regelungen wären Inhaltsbestimmungen gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

Als eine solche Vorschrift könnte auch § 906 Abs. 2 BGB zu verstehen sein. Deutlicher noch läßt sich dies so ausdrücken, daß auch ohne Entschädigung des betroffenen Grundstückseigentümers nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB die Nichtigkeit der Norm wegen Verstoßes gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht befürchtet werden müßte. Dagegen wären Vorschriften,

1) Vgl. hierzu BVerfGE 14, 263 (277 f). Die Nichtigkeit einer als inhaltsbestimmend gewollten Norm, die demnach eine Entschädigung nicht vorsieht, sich aber gleichwohl als Enteignung äußert ("Vergreifen" des Gesetzgebers), kann jedoch oftmals durch entsprechende Anwendung der Grundsätze vermieden werden, die dem privatrechtlichen Aufopferungsanspruch zugrunde liegen. So gewährt BGHZ 41, 157 (164 f), ohne sich mit der Grundrechtsproblematik auseinanderzusetzen, einen Ausgleichsanspruch, wo ein gesetzliches Wegnahmerecht (§ 997 BGB) infolge Bestimmungen der Wohnraumbewirtschaftung nicht ausgeübt werden kann.

2) Vgl. H. Schulte, Diss., S. 87 ff. Richtig unterscheidet auch der BK, Art. 14 Anm. 37 zwischen Art. 14 I 2 und 14 II GG. Ebenso Bender, NJW 65, 1298 und Fußn. 6.

die den typischen Eigentumsgehalt entziehen (indem sie dem Eigentümer "besondere" Duldungspflichten auferlegen), ohne gleichzeitige Anordnung einer Entschädigung wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nichtig.

Um Verwechslungen zwischen den Begriffen der verfassungsrechtlichen Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und dem, was Westermann darunter versteht, zu vermeiden, wird nachstehend - Kleindienst folgend¹⁾ - von dem "prinzipiell oder allgemein zugewiesenen Eigentumsgehalt" gesprochen.

Als Unterscheidungsmerkmal zwischen allgemeinen Duldungspflichten, die Inhalt und Grenzen des subjektiven Rechts Eigentum festlegen, und den besonderen Duldungspflichten, die diesen allgemein zugewiesenen Eigentumsgehalt wieder entziehen, bieten sich zwei Kriterien an: folgt man dem Ausgangspunkt Westermanns²⁾, so ist einer allgemeinen Duldungspflicht wesenseigentümlich, daß sie sich aus der Qualität des Eigentums selbst ergibt, also allen Eigentümern ohne Ausnahme obliegt. Geht man von der Annahme Kleindiensts³⁾ aus, so sind in § 906 Abs. 2 BGB "unwiderleglich" besondere Duldungspflichten begründet, weil und soweit das Gesetz selbst eine Entschädigung des betroffenen Grundstückseigentümers vorsieht.

Wie weiter unten⁴⁾ zu zeigen sein wird, erweist sich die Auffassung Westermanns als richtig.

1) aaO S. 44 f.

2) Gesetzliche Maßnahmen, S. 18.

3) aaO S. 20 f, 44 f, insbesondere 48.

4) Vgl. S. 29 ff, 35 ff.

c) Die Auswirkungen der besonderen örtlichen Verhältnisse
auf den allgemeinen Eigentumsgehalt

aa) Der Interessenausgleich als Methode der Konfliktlösung

§ 906 Abs. 1 BGB löst den Interessenwiderstreit im nachbarlichen Raum, indem die beteiligten Interessen - abstrakt gesehen - "gleichmäßig und gleichartig reduziert"¹⁾ werden. In dieser gleichmäßigen Zurücksetzung der beteiligten Interessen liegt zugleich der Wertmaßstab des Gesetzes: die gleichmäßige Beschränkung kommt allen Nachbarn zugute, und die Zuweisung gleich weitgehender Einwirkungsbefugnisse, aber auch Duldungspflichten trägt den Ausgleich der gegenseitigen Belange in sich.

Nicht anders ist es bei § 906 Abs. 2 BGB. Der Grundstückseigentümer darf das Nachbareigentum auch wesentlich beeinträchtigen, wenn seine Nutzung ortsüblich ist. Damit werden Handlungsfreiheit und -gebundenheit im Raum davon abhängig gemacht, was "nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich"²⁾ ist. Das Eigentum erscheint damit als ein raumabhängiges und raumgebundenes Recht. An den Umstand, daß die tatsächlichen Nutzungsformen des Grundstückseigentums zu jeder Zeit und an jedem Orte einem ständigen Wandel unterliegen, knüpft das Gesetz an, indem es die Nutzbarkeit des Einzelgrundstücks an dem Charakter des Raumes ausrichtet. Dadurch schafft es einerseits ein statisches Moment, weil die Ortsüblichkeit zumindest die gleichartige Nutzung mehrerer Grundstücke eines Bezirks voraussetzt und sich der Raumcharakter so lange nicht ändert, als diese Nutzung vorherrschend bleibt. Andererseits trägt das Gesetz aber auch dem Gedanken der ständigen Wandelbarkeit der tatsächlichen Nutzungsformen im Raume Rechnung: sobald die ört-

1) Vgl. Hubmann, AcP 155, 126.

2) So der Wortlaut des § 906 BGB a.F.

lichen Verhältnisse nicht mehr von einer bestimmten Nutzungsart geprägt werden und andere deren Herrschaft ablösen, wechseln sofort der Inhalt und Umfang der Herrschafts- und Abwehrbefugnisse.

Dieses Merkmal der im Vergleichsraum üblichen Nutzung grenzt die Befugnisse aller ansässigen Nachbarn ab: alle müssen sich eine gleichartige und, wenn sich bestimmte Nutzungen als üblich herausgebildet haben, auch eine gleichzeitige Beschränkung ihrer Abwehrinteressen gefallen lassen, dürfen dafür aber auch ihrerseits stärker auf das Nachbareigentum einwirken. Art, Inhalt und Umfang der Eigentümerbefugnisse orientieren sich so nicht an der jeweiligen Nutzung des Einzelgrundstücks oder deren volkswirtschaftlichem Wert, sondern an einem allgemeinen Maßstab. Da jeder Eigentümer gegenüber der Regelung des § 906 Abs. 1 BGB positive Gestaltungsmöglichkeiten hinzuerwirbt, aber um den Preis eines Verlustes ehemals gegebener Abwehrbefugnisse, stehen sich alle Eigentümer **r e c h t l i c h** gleich. Die entgegengesetzten Nachbarinteressen üben aufeinander eine durch die Ortsübung vorgezeichnete "mäßigende, begrenzende Wirkung"¹⁾ aus. Diese rechtliche Gleichstellung ergibt, daß die einzelnen Grundeigentümer an Befugnissen nichts verloren haben, für das sie entschädigt zu werden brauchten.

In diesem Ausgleich der kollidierenden Interessen, den das Gesetz durch Zuweisung gleichartiger rechtlicher Befugnisse vollzieht, liegt der Wertmaßstab des Gesetzes als Inhalt der gesetzlichen Bewertung. Durch die Bindung der Nutzungsmöglichkeiten aller Eigentümer an die Ortsüblichkeit wird der Lage der Grundstücke im Raum raumordnend und für alle Beteiligten zumutbar Rechnung getragen²⁾. Die einander in unausweichlichem Konflikt gegenüberstehenden Eigentümerinteressen werden zurückgesetzt und beschränkt, bis sie nebeneinander

1) Vgl. Hubmann, AcP 155, 126.

2) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 28.

bestehen können. Keines der Interessen wird bevorzugt oder benachteiligt, sondern die vernünftige Ordnung des Raumes steht im Vordergrund. Die Lösung eines Interessenwiderstreits durch eine verhältnismäßige Beschränkung der Interessen, die den Ausgleich schon in sich trägt, soll als "Ausgleichsprinzip"¹⁾ bezeichnet werden.

Diese Lösung im Wege des Ausgleichsprinzips führt zu einer Ausgestaltung des allgemeinen Eigentumsgehalts. Solange das Gesetz widerstreitende Interessen gleich bewertet, die Interessenträger also rechtlich gleichstellt, wird dieser allgemeine Eigentumsgehalt nicht angetastet, sondern nur dem besonderen Konflikt angepaßt. Der Ursprung der gegenseitigen Handlungs- und Duldungspflichten bleibt nach wie vor das Eigentumsrecht selbst, dessen Qualität wiederum durch den Charakter des Raumes bestimmt wird²⁾.

bb) Rechtsgrund und Sinn des Ausgleichsanspruchs

Wenn sich aber dergestalt "Machtzuwachs" und "-verlust" des einzelnen Grundeigentümers die Waage halten, könnte schwer verständlich sein, warum in § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB dennoch eine Entschädigungspflicht festgesetzt ist. Die Festsetzung eines angemessenen Ausgleichs in der Neufassung der Vorschrift ist Ergebnis der Erfahrung, daß es einseitig benachteiligende

-
- 1) Diesen Ausdruck verwendet Hubmann, AcP 155, 126 ff. Zu dem grundsätzlich anderen Ausgangspunkt Hubmanns vgl. oben S. 11 Fußn. 1 und 2. Das Ausgleichsprinzip muß der Gesetzgeber nach Hubmann stets dann wählen, wenn die kollidierenden Interessen als das "Streben nach Gütern und Werten und die Sorge um ihre Erhaltung" (aaO S. 96) von Natur aus oder von Gesetzes wegen gleichen Wertrang besitzen.
 - 2) Im Ansatzpunkt ähnlich Liver, aaO S. 750, der von unmittelbaren (generellen) gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen spricht und damit den normalen Inhalt des Eigentums bezeichnen will. Demgegenüber schränken die mittelbaren Eigentumsschranken das normale Eigentum weiter ein (so bei Wege-, Leitungs- und Überbaunot).

Einwirkungen gibt, die durch den Vorteil eigener ausgedehnter Nutzungsbefugnis nicht aufgewogen werden, wenn sie sich bis zur Existenzgefährdung ausweiten. Derartige Fälle haben sich zunächst im Verhältnis der Großindustrie zur Landwirtschaft gezeigt.

Der Gesetzgeber war, als er § 906 BGB alter Fassung schuf, wohl der Ansicht, daß es derartige existenzgefährdende Immissionen nicht gebe¹⁾ oder nahm an, daß ein Ausgleich schon dadurch herbeigeführt werde, daß der Betroffene einen Wertzuwachs seiner eigenen Grundstücke erhalten werde oder an einer verbesserten Wirtschaftslage des Gebietes teilnehmen können²⁾.

Solche tatsächlichen Nachteile werden durch die Neufassung der Vorschrift nunmehr in Geld ausgeglichen, jedoch nur insoweit, als sie trotz eigener ortsüblicher Nutzung des betroffenen Eigentümers entstehen und unzumutbar sind. Die Regelung hat einen doppelten Sinn: der Betroffene soll entsprechend den Eigenarten des Raumes nutzen und Einwirkungen, die aus einer diesen Eigenarten gemäßen Bodennutzung entstehen, zumindest in gewissem Umfange ersatzlos hinnehmen³⁾. Die Entschädigungspflicht ist also nicht in jedem Falle Korrelat der Duldungspflicht.

Diesen Wertungsmaßstab des Gesetzes erkennt auch Kleindienst an. Jedoch meint er, durch die Verknüpfung weitgehender Duldungspflichten mit einem Entschädigungsanspruch bringe das Gesetz unwiderleglich zum Ausdruck, daß diese Duldungspflichten nicht der Bestimmung des typischen Eigentumsinhalts dienen, sondern nur ausnahmsweise erlaubt würden⁴⁾. Der alte

1) Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 19; ders. Eranion für Maridakis, S. 666.

2) Kleindienst, S. 26 unter Berufung auf Planck-Achilles (1902), § 906 Anm. 3 b.

3) Westermann, Eranion für Maridakis, S. 666.

4) Kleindienst, S. 20.

§ 906 BGB habe die Zuweisung der "nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Art gewöhnlichen" Grundstücksbenutzung zum positiven Eigentumskern enthalten, während die neue Fassung grundsätzlich ein Verbotungsrecht gegen alle wesentlichen Immissionen gebe. Die zulässigen Grenzüberschreitungen seien verhindert, insofern sie durch Ortsübung allein nicht mehr gerechtfertigt würden¹⁾.

Die Auffassung Kleindiensts läßt sich kurz so zusammenfassen: zum allgemeinen Eigentumsgehalt gehören auf jeden Fall die Duldungspflichten und Einwirkungsbefugnisse des § 906 Abs. 1 BGB. Weitergehende Duldungspflichten entziehen diesen Eigentumsgehalt, sind aber noch durch die Ortsübung der "störenden" Grundstücksbenutzung und die Herstellung nachbarschützender Einrichtungen gerechtfertigt. Diese Rechtfertigung soll entfallen, wenn "das objektive Recht Immissionen zuläßt, die - nach Art oder Stärke - typischerweise nur einzelne Grundstückseigentümer eines gegebenen Raumes erzeugen können, während andere davon keinen Nutzen, sondern allein die Nachteile haben"²⁾.

Das Ortsüblichkeitsmerkmal erscheint hier vornehmlich als Rechtfertigungsgrund. Eine dahingehende Unterscheidung zwischen Grundsatz (in § 906 Abs. 1) und Ausnahme (in § 906 Abs. 2 BGB) läßt die Vorschrift jedoch nicht erkennen³⁾. Eine solche Auffassung übersieht, daß jedes Grundstück in einen vorhandenen Raum eingebettet ist und daß immer irgendeine Grundstücksbenutzung ortsüblich ist. Ein Gebiet, in dem

1) Kleindienst, S. 21 f, 47 f. Die Hervorhebungen - auch im vorhergehenden - stammen vom Verf.

2) Ders., S. 48.

3) Anders z.B. § 684 Schweiz.ZGB:

"Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums ... sich aller übermäßigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Ruß, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung."

nicht wenigstens eine Nutzungsart - meist werden es wohl mehrere sein - überwiegt, ist schlechthin undenkbar. Damit ist immer die Möglichkeit zu wesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen gegeben, nur die Art und manchmal der Umfang dieser Einwirkungen hängen von den speziellen Eigenarten des gegebenen Raumes ab. Die Raumeigenarten können daher sehr wohl als typisch nachbarrechtlicher Umstand die gegenseitigen nachbarlichen Befugnisse und Pflichten beeinflussen und damit zum Inhalt des Eigentums gehören¹⁾. Das gilt umso eher, wenn man § 906 Abs. 2 BGB nicht als eine gegen wesentlich beeinträchtigende Einwirkungen gerichtete Verbotsnorm ansieht, sondern ihren Charakter als Raumordnungsvorschrift²⁾ betont. Bei dieser Sicht spricht § 906 BGB kein grundsätzliches und nur im Einzelfalle aufgehobenes Verbot aus, sondern bestimmt die Machtzueweisung im nachbarlichen Raum absolut, weil sie Instrument einer vernünftigen Raumordnung sein will. Ein Unterschied der beiden Absätze des § 906 BGB besteht lediglich in ihren Bewertungsmaßstäben: Absatz 1 ermöglicht eine Grundstücksnutzung überhaupt erst, Absatz 2 bindet sie an die Eigenarten des Raumes³⁾.

Dafür, daß auch in § 906 Abs. 2 BGB der allgemeine Eigentumsgehalt bestimmt wird, spricht ferner, daß die Duldungspflicht des betroffenen Nachbarn schlechthin besteht, mag seine eigene Nutzung ortsüblich oder nicht ortsüblich sein, mag er wenig oder stark betroffen werden. Die Beschränkung des Geldaus-

1) Ähnlich Mosich, IDogmJ 80, 271 ff.

2) So insbesondere Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S.20; ders., Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 28.

3) Die Ansicht Kleindienst beruht wohl auch darauf, daß er meint, in § 906 Abs. 2 BGB werde das durch die Ortsübung geweckte Vertrauen des Immittenten auf den Bestand einer Grundstücksbenutzung geschützt. Jedoch wird gerade die Wandelbarkeit der besonderen örtlichen Verhältnisse betont, der sich das Merkmal der Ortsüblichkeit anzupassen habe, so daß für einen Vertrauensstatbestand gerade kein Raum ist. Vgl. Motive III, 267; Westermann, § 63 II 3 c; BGHZ 15, 148; RGZ 156, 317.

gleichs auf die Beeinträchtigung einer ortsüblichen Nutzung über das zumutbare Maß hinaus wird schwer verständlich, wenn die Duldungspflicht gegenüber wesentlich beeinträchtigenden Immissionen bereits einen Eingriff in ein an sich weiterreichendes Eigentumsrecht darstellt. Denn wenn eine wesentliche ortsübliche Einwirkung schon nur "ausnahmsweise" erlaubt und gerechtfertigt ist¹⁾, mit welcher Begründung versagt man dann dem Betroffenen einen Ausgleich, der sein Eigentum nicht ortsüblich nutzt? Das würde zu einer begrifflich unmöglichen Folgerung führen: während die Ortsüblichkeit der Nutzung im Rahmen eines grundsätzlichen Verbotes wesentlich beeinträchtigender Einwirkungen nur ein Rechtfertigungsgrund wäre, erschiene sie auf Seiten des Betroffenen als Wesensmerkmal der Substanz seines Eigentums; denn einen Ausgleichsanspruch erwirbt er gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nur dann, wenn auf seiner Seite eine ortsübliche Nutzung beeinträchtigt wird. Das Ergebnis wäre ein eigenartiges "typisches" Eigentum; es gewährte grundsätzlich nicht die Befugnis zu wesentlich beeinträchtigenden Immissionen, enthielte aber die Pflicht, solche Immissionen zu dulden, soweit sie aus einer ortsüblichen Benutzung stammen und damit wieder auf einer atypischen Befugnis beruhen. Das Merkmal der Ortsüblichkeit wäre einmal Ausdruck der nachbarlichen Bindung, einmal besondere Berechtigung.

Noch unverständlicher wäre, warum das Gesetz einen Ausgleichsanspruch erst zubilligt, wenn die ortsübliche Nutzung "über das zumutbare Maß hinaus" beeinträchtigt wird, wenn schon die wesentliche, aber aus ortsüblicher Nutzung herrührende Beeinträchtigung einen Eingriff in den allgemeinen Eigentumsinhalt darstellen soll. Gewiß lassen sich für diese Einschränkung Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte anführen, etwa derart, daß der nachbarliche Friede gestört würde, wenn jeder Nachbar wegen jeder Beeinträchtigung, sofern sie einen gewissen Grad erreicht, so daß sie wesentlich wird, einen Entschä-

1) Kleindienst, S. 21.

digungsanspruch erwürbe¹⁾. Sicher darf der Gesetzgeber solche Grenzen einführen; er ist weder durch das verfassungsrechtliche Willkürverbot noch durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG hieran gehindert²⁾. Aber die Einschränkung der Entschädigung legt doch nahe, daß die Ersatzpflicht des Immittenten nur ausnahmsweise eintreten soll. Wesentlich beeinträchtigende Einwirkungen aus ortsüblicher Nutzung sind daher grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, und nur in Ausnahmefällen sind die tatsächlichen Nachteile auszugleichen. Die Entschädigungsregelung sagt daher darüber, was typischer Eigentumsgehalt ist, nichts aus. Sie zieht nur die Konsequenzen daraus, daß eine rechtliche Gleichbehandlung der Eigentümer tatsächlich zu ungleichen Ergebnissen führt³⁾.

Der Betroffene erwirbt daher den Ausgleichsanspruch nicht, weil ihm negatorische Befugnisse, die im allgemeinen Eigentumsgehalt wurzeln, entzogen wären, sondern weil eine Kollisionsregelung, die dem Ausgleichsprinzip folgt, zu seinem Nachteil ausschlägt. Diesem tatsächlichen Nachteil steht keinesfalls eine einseitige rechtliche Begünstigung des Immittenten gegenüber.

Vielmehr hat das Gesetz in § 906 Abs. 2 BGB den Interessen der Eigentümer gleichen Wertrang zugewiesen. Wertmaßstab ist auch, daß alle ortsüblichen Nutzungsarten im Raume ihre Daseinsmöglichkeit vorfinden müssen. Soweit dies wegen der Intensität einzelner Nutzungsarten nicht möglich ist, greift das Gesetz helfend ein. Die entschädigungslose Duldungspflicht wird von einem Geldausgleich abgelöst, wenn der Be-

1) H. Schulte, ZfB 107, 199 Fußn. 47.

2) Kleindienst, S. 49.

3) Berechtigt ist der Einwand, was zu gelten habe, wenn sich zwei ortsüblich nutzende Nachbarn gegenseitig wesentlich und unzumutbar beeinträchtigen. Ein solcher Fall ist wohl nur bei ungleichartiger Nutzung und verschiedenen Immissionsquellen denkbar. Die trotz Ortsüblichkeit gegebene Ungleichheit liegt hier darin, daß die jeweilige Grundstücksnutzung dem Immittenten nützt, dem Nachbarn jedoch schadet. Beide erwerben also einen Anspruch aus § 906 II 2 BGB, erhalten aber beide wegen der Aufrechenbarkeit der Ansprüche im Ergebnis nichts.

troffene stark beeinträchtigt wird. Die Entschädigung übernimmt, so gesehen, eine vereinzelte, "sekundäre" Ausgleichsfunktion, weil die gesetzlich als Regelfall angenommene "primäre" Ausgleichung der Interessen durch Zuweisung gleichen Eigentumsgehalts nicht ausreicht, um das Gleichgewicht im nachbarlichen Raum auch tatsächlich zu sichern¹⁾.

Darin besteht auch der Unterschied zu der Entschädigungspflicht des § 26 GewO. Dem betroffenen Grundstückseigentümer sind gegenüber Einwirkungen aus einem konzessionierten Betrieb die negatorischen Befugnisse generell genommen. Der Schadloshaltungsanspruch verfolgt daher "primäre" Ausgleichstendenzen, weil die Interessen des Betriebsinhabers einseitig begünstigt werden. Hier bewertet das Gesetz die Interessen, indem es denjenigen des Betriebsinhabers einen höheren Wert zubilligt. Der Grundstückseigentümer dagegen wird benachteiligt, da seine Interessen den fremden weichen müssen und er selbst erweiterte Nutzungsbefugnisse nicht erhält.

Der unterschiedliche Charakter der Entschädigungsansprüche ist also eine Folge der verschiedenen gesetzlichen Konfliktlösungen: § 906 Abs. 2 BGB knüpft an die Eigenarten des Raumes an und begründet mit Hilfe eines hieraus abgeleiteten Wertmaßstabes gleiche Befugnisse aller Nutzungsberechtigten. § 26 GewO dagegen löst die Interessenkollision, indem er die Interessen des Betriebsinhabers begünstigt. Entscheidender Bewertungsfaktor für die Begünstigung ist hier das durch die gewerberechtliche Genehmigung ausgelöste Vertrauen des Betriebsinhabers auf die Beständigkeit des eingesetzten Kapitals und Arbeitsaufwandes²⁾ sowie der Umstand, daß die beteiligten Interessen zuvor in einem Verwaltungsverfahren geprüft worden sind.

1) Zutreffend spricht Mühl, NJW 60, 1136, 2324 davon, daß bei den nachbarrechtlichen Vorschriften ein "Äquivalenzprinzip" gelte; zustimmend Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, RdNr. 16.

2) Vgl. Baur, Lehrb., § 25 IV 2 e aa; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, § 26 RdNr. 17; Kleindienst, S.45; Westermann, Erbanion für Maridakis, S. 664.

Der Entschädigungsanspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB enthält keine Aussage über den Eigentumsgehalt, sondern korrigiert nur die Folgen eines Wertmaßstabes, der nicht immer zu Ergebnissen führt, die als gerecht empfunden werden können. Er vermag nur die tatsächliche Ausübung der Handlungsfreiheit des Immittenten zu beeinflussen, weil dieser nicht bis zur rechtlichen Schranke vorstoßen wird, wenn ihm die aus der intensiveren Nutzung möglichen Vorteile durch die in erhöhten Ausgleichspflichten gegenüber dem Betroffenen bestehenden Nachteile wieder genommen werden¹⁾.

Wenn man auch § 906 Abs. 2 BGB als Ausprägung des allgemeinen Gehalts an Eigentümerbefugnissen versteht, könnte schwer verständlich sein, warum die Handlungsfreiheit zu wesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen erst besteht, wenn der Immittent im Rahmen des Zumutbaren nachbarschützende Einrichtungen hergestellt hat. Der Zweck dieser Einschränkung ist offensichtlich: niemand soll einen anderen erheblich beeinträchtigen dürfen, wenn er dies unter entsprechender Wahl und Handhabung seiner Betriebsmittel ganz oder zu einem Teil verhindern kann²⁾. Vermeidbare Immissionen sind rechtswidrig und begründen Unterlassungsansprüche des betroffenen Nachbarn aus § 1004 BGB sowie Schadensersatzansprüche aus den §§ 823 ff BGB³⁾. Die ausdrückliche Aufnahme dieser Pflicht des Immittenten in den gesetzlichen Tatbestand hat - abgesehen von einer vielleicht auch bestehenden psychologischen Bedeutung⁴⁾ -

-
- 1) Der Ausgleichsanspruch wirkt so als Regulativ und zugleich als Instrument der Raumordnung, weil er dafür sorgt, daß gegenüber schädlichen Immissionen anfälligere Nutzungsarten, die in den Raum passen, erhalten bleiben.
 - 2) Diese Pflicht hatte schon die Rechtsprechung unter der Geltung des alten § 906 BGB entwickelt; vgl. RGZ 133, 152, 155; 154, 161, 167; 162, 357; OGHZ 2, 181, 187; OLG Hamm, BB 53, 719; BGH LM § 906 BGB Nr. 1; BGH NJW 62, 1343.
 - 3) Vgl. BGH LM § 906 Nr. 1; BGH NJW 62, 1343.
 - 4) So die Anregung von Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 60, für die Neufassung des § 906 BGB.

einen ganz bestimmten Sinn; sie soll klarstellen, wann ein natürlicher, d.h. unausweichlicher, Interessenkonflikt vorliegt. Das Gesetz erkennt den Eigentümerinteressen, die sich in einem Streben nach Einwirkungsmöglichkeiten äußern, weil so das Grundstück am vorteilhaftesten ausgenutzt werden kann, nur dann einen Wertrang zu, wenn der Eigentümer alles ihm Zumutbare getan hat, den Konflikt zu vermeiden. Die Unvermeidbarkeit wesentlich beeinträchtigender Immissionen als Voraussetzung der Einwirkungsbefugnis ist daher nichts anderes als ein Bewertungsmoment, das auf die Schutzinteressen des möglicherweise betroffenen Nachbarn abstellt. Die Pflicht zur Herstellung schützender Einrichtungen trifft zudem jeden Grundstückseigentümer, der entsprechend dem Charakter des Raumes immittieren will. Auch insoweit bleibt es also dabei, daß kein Eigentümer eines gegebenen Raumes einseitig bevorrechtigt oder benachteiligt wird¹⁾.

cc) Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis

Der Entschädigungsanspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist nach alledem nicht mit der Vorstellung eines Entzuges von allgemein zugewiesenem Eigentumsgehalt zu rechtfertigen. Vielmehr übernimmt er eine "sekundäre" Ausgleichsfunktion, da er nicht an die Duldungspflicht des Betroffenen schlechthin, sondern an deren für den Einzelfall erst zu ermittelnde Folgen anknüpft. Mit seiner Hilfe soll gesichert werden, daß alle Nutzungsarten, die dem besonderen Raumcharakter entsprechen, möglich sind und bleiben. Dementsprechend beruht er nicht auf Grundsätzen der Billigkeit, sondern ist vielmehr Ausdruck des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses²⁾, in

-
- 1) Die Bindung einer Interessenbewertung an das Vorliegen bestimmter (auch) subjektiver Voraussetzungen auf Seiten eines der Interessenträger ist dem Gesetz keineswegs fremd. So erkennt § 912 BGB ein Überbau"recht" nur bei leichter Fahrlässigkeit an.
 - 2) Vgl. Westermann, JZ 63, 407 f; ders., Lehrb., § 63 II 3 d bb, S. 311; ders. BB 65, 755; wohl auch BGHZ 38, 63 f. Palandt-Degenhart, § 906 Anm. 6a.

dem sich alle Grundstückseigentümer befinden.

Die nachbarliche Gemeinschaft ist als tatsächliches Verhältnis Ursprung und Grund der Interessenkollisionen. Es ist daher folgerichtig, wenn das Gesetz diese tatsächlichen Gegebenheiten in die Lösung des Interessenwiderstreits mit einbezieht und hieraus den Bewertungsmaßstab ableitet. Das ist durch § 906 Abs. 2 BGB auch geschehen: Das Merkmal der Ortsüblichkeit als Inbegriff der tatsächlichen überwiegenden gemeinschaftlichen Übung bildet das Bewertungsmoment, mit dessen Hilfe die Immissionsbefugnis allgemein abgegrenzt und bestimmt wird, wann ein finanzieller Ausgleich geleistet werden muß. Noch deutlicher nähert sich dieses tatsächliche Verhältnis normativ geregelten Beziehungen, wenn man sich die Schutz- und Anpassungspflichten der Eigentümer vergegenwärtigt. Der Immittent ist gezwungen, den möglichen Schaden durch die Wahl geeigneter Betriebsmittel zu vermeiden, der Betroffene hat ihn durch eigene Anpassungsbemühungen zu verringern. Beide Pflichten sollen die schädlichen Folgen des Konfliktes bereits durch ein beiderseitiges Ausweichen verhindern. Obwohl sie jeweils nicht gegenüber dem Interessengegner bestehen, sondern im Falle ihrer Außerachtlassung nur Rechtsnachteile des Pflichtigen selbst erzeugen, sind sie doch im Ergebnis gegeneinander gerichtet; denn es obliegt dem Interessengegner, sich auf deren Nichterfüllung zu berufen. Beide Pflichten entspringen der nachbarlichen Gemeinschaft, die zur gegenseitigen Rücksichtnahme nötigt. Ein tatsächliches Verhältnis aber, dessen typische Eigenarten Inhalt der gesetzlichen Interessenbewertung werden kann und das bestimmte Pflichten erzeugt, ist einem Rechtsverhältnis derart angenähert, daß es als Ausdruck normativ geregelter Beziehungen der Rechtsträger untereinander und damit als Rechtsverhältnis aufgefaßt werden kann¹⁾.

1) Westermann, BB 65, 755; zweifelnd Kleindienst, S. 23.

§ 906 Abs. 2 BGB zeigt, daß die ortsübliche Nutzung des Grundeigentums als Ausdruck einer vernünftigen Raumordnung angestrebt und erhalten werden soll. Soweit einzelne Nutzungsformen ihre Daseinsmöglichkeit verlieren oder unzumutbar betroffen sind, nötigt die nachbarliche Gemeinschaft zu einem Ausgleich.

Bei dem Geldanspruch handelt es sich um einen autonomen Anspruch, der sich von demjenigen des § 26 GewO wesensmäßig abhebt und nicht mit dem Entzug eines allgemein zugewiesenen Eigentumsinhalts begründet werden kann.

Diese Erkenntnis wird auch deutlich von der Entstehungsgeschichte der Neufassung des § 906 BGB bestätigt.

5.) Der Rechtszustand vor der Neufassung des § 906 BGB

Die Neufassung des § 906 BGB kodifiziert nach überwiegender Ansicht die Grundsätze, die die Rechtsprechung, beginnend mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. März 1937 (RGZ 154, 161: "Gutehoffnungshütte"), entwickelt hatte¹⁾.

a) Richterliche Interessenbewertung durch Verfeinerung des Ortsüblichkeitsmerkmals

Nach dem Wortlaut des § 906 BGB alter Fassung waren wesentliche Einwirkungen nur zu dulden, wenn sie "nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich" (kurz: ortsüblich) waren. Entscheidend hierfür war die Nutzung des beeinträchtigenden Grundstücks. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber die "Grenzen der exzessiven Immissionen einigermaßen elastisch"²⁾ den örtlichen Verschiedenheiten und zeit-

1) Vgl. Palandt-Hoche, 26. Aufl. 1967, § 906 Anm. 6; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 5; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 Anm. 2, 13; Westermann, JZ 63, 407; ders. Eranion für Maridakis, S. 674. Ebenso BGHZ 38, 61; 41, 157 (165).

2) Motive III, 267.

lichen Veränderungen anpassen. Die Erwartung, daß sich die hiernach zu duldenden Nachteile durch eigene Vorteile in Form besserer Ausnutzung des eigenen Grundstücks ausgleichen würden¹⁾, erfüllte sich aber nicht, als im Gefolge der Industrialisierung in zunehmendem Maße nur einzelne Eigentümer allein beeinträchtigt wurden. Diese im Gesetz nicht erfaßten Konfliktsfälle haben die Gerichte zunächst dadurch zu lösen versucht, daß sie unter sorgsamer Abwägung der beteiligten Interessen den Maßstab der Ortsüblichkeit einer störenden Grundstücksbenutzung immer mehr verfeinerten²⁾.

Dabei war nicht die Tendenz vorherrschend, die Annahme einer ortsüblichen Benutzung zu erschweren³⁾, sondern das Bemühen, die Daseinsberechtigung aller beteiligten Nutzungsarten nachzuweisen und deren Nebeneinander zu sichern⁴⁾. Die Üblichkeit der Nutzung in einem bestimmten Raum ("örtliche Verhältnisse") war das gegebene Mittel, die Eigentumsbefugnisse der Nachbarn abzugrenzen und sie den veränderten Bedürfnissen, die sich aus dem Fortschritt der Industrie, der Technik, der Zunahme des Verkehrs und den gewandelten Anschauungen der beteiligten Volkskreise ergaben, anzugleichen⁵⁾.

Schwierigkeiten bereitete hier zunächst die Bestimmung der in Betracht kommenden örtlichen Verhältnisse. Maßgebend war

1) Kleindienst, S. 26; Westermann, Eranion für Maridakis, S. 666.

2) Kleindienst, S. 27 f.

3) So aber Kleindienst, S. 28.

4) So deutlich in RG Gruchot 55, 106 (107) - Eisenhüttenwerk Thale -, wo gesagt wird, § 906 BGB solle dem "Immissionsbedürfnisse der Industrie entgegenkommen" und bedeute einen "der Billigkeit entsprechenden Ausgleich widerstreitender Belange". Vgl. ferner RGZ 132, 51 (56).

5) Deshalb auch die ausdrückliche Ablehnung der sog. Prävention in ständiger Rspr.: vgl. RGZ 64, 363 (365); 70, 150 (152); 81, 216 (225); JW 1935, 1775 Nr. 9; RGZ 154, 161 (165); 162, 349 (357). BGHZ 15, 147 (149).

zunächst der Vergleich zwischen der Benutzung des störenden Grundstücks mit der anderer des Bezirks¹⁾. Bei fehlenden Vergleichsobjekten - etwa weil es sich um die einzige Nutzung dieser Art handelte - konnte auch der Charakter der Umgebung berücksichtigt werden²⁾. Andererseits war für die Frage der Ortsüblichkeit auch von Bedeutung, in welchem Ortsteil oder engeren örtlichen Bereich die beeinträchtigenden Nutzungen ausgeübt wurden, sofern diese nach der Bebauung, Nutzung oder Ausprägung des Wirtschaftslebens besondere Eigenarten aufwiesen³⁾.

Einen Anhaltspunkt dafür, ob eine Grundstücksnutzung ortsüblich sei, konnte auch die Anschauung der beteiligten Volkskreise bilden⁴⁾. Aber nicht allein die örtliche Lage des beeinträchtigenden Grundstücks sollte entscheidend sein, sondern auch die **A r t** der Einwirkungen: sie mußten, um als gewöhnlich angesehen zu werden, im wesentlichen gleichartig sein⁵⁾. Das gleiche galt für das **M a ß** der Immissionen⁶⁾:

-
- 1) Vgl. RGZ 105, 213. Auch BGH NJW 62, 2341. Hierzu Staudinger-Seufert, § 906 Anm. 31 a ff; Meisner-Stern-Hodes, § 16 V 2 a.
 - 2) RG Gruchot 55, 106 (108); RG Warn 1912 Nr. 215; RGZ 70, 154; BGHZ 15, 146 (149); BGH LM § 906 Nr. 5.
 - 3) Vgl. RG JW 1904, 175 Nr. 18; 1908, 11; 1910, 149; 1919, 312; RGZ 105, 217 (eingemeindetes Dorf); 133, 152 (Erschütterungen durch Omnibusverkehr); 139, 29 (Kokereien, Brikettfabriken); RGZ 156, 314 (Flugkoks einer Brauerei).
 - 4) RG Gruchot 55, 105 (108). Die Ortsüblichkeit nähert sich so dem Begriff der "Verkehrssitte", so Mosich, IDogmJ 80, 310. Die Parallele billigt Kleindienst, S. 29.
 - 5) Statt aller BGHZ 30, 273 mit Nachw.; Meisner-Stern-Hodes, § 16 Fußn. 98. Hierbei dürfte nicht für jede einzelne Immissionsart nach einem Gegenstück zu suchen sein, sondern es ist zu prüfen, ob die Gesamtwirkung der Immissionen und das Maß der durch diese hervorgerufenen Belästigung das gewöhnliche überschreitet. So Meisner-Stern-Hodes aaO.
 - 6) Vgl. RG JW 1931, 1183; RGZ 139, 29 (32); BGHZ 38, 61 (62 f). Auch das gesteigerte Maß der Grundstücksnutzung kann den Rahmen des Ortsüblichen sprengen (RG JW 1930, 2934).

eine besonders schädliche Nutzungsart war selbst dann üblich, wenn im Vergleichsgebiet von anderen Benutzern gleichartige, aber geringer beeinträchtigende Einwirkungen ausgingen¹⁾.

Diese von der Rechtsprechung zu § 906 BGB alter Fassung entwickelten Grundsätze gelten auch für die Neufassung, wie dies der Gesetzgeber eindeutig durch die Aufnahme des von jeher als Abkürzung verwendeten Begriffs der Ortsüblichkeit in den gesetzlichen Tatbestand zum Ausdruck gebracht hat.

b) Die Neubewertung der Nachbarinteressen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung

Trotz weitestgehender Differenzierung des Merkmals der Ortsüblichkeit konnten jedoch die Fälle nicht befriedigend gelöst werden, in denen ortsübliche Nutzungsarten so stark betroffen wurden, daß die Grundeigentümer ihre Existenz gefährdet sehen mußten. Noch in seiner Entscheidung vom 26. November 1932²⁾ hatte das Reichsgericht die Ansicht des Berufungsgerichts, das auch auf die Nutzung des beeinträchtigten Grundstücks abgestellt hatte, unter Berufung auf den ausdrücklichen Wortlaut des § 906 BGB verworfen.

In der Entscheidung vom 10.3.1937 ("Gutehoffnungshütte")³⁾ berücksichtigte das Reichsgericht jedoch dann - wie die Vertreter der Literatur schon gefordert hatten⁴⁾ - auch die Benutzung des beeinträchtigten Grundstücks. Es billigte dem Geschädigten, sofern er ebenfalls ortsüblich nutzte, einen gesonderten Geldausgleich zu, sofern seine Lebensbedingungen zerstört würden. Als Begründung führte das Reichsgericht an, es widerspreche dem Gedanken der Volksgemeinschaft, wenn es

1) Vgl. ferner BGH BB 54, 1010; BGHZ 15, 148; BGH MDR 55, 28; OLG Köln MDR 55, 359; BGH LM § 906 Nr. 5; BGH NJW 1962, 1342.

2) RGZ 139, 29.

3) RGZ 154, 161.

4) Vgl. Schiffer, ZAKDR 1936, 1076; Starck, ZAKDR 1936, 741; Klausling, JW 37, 70.

der Industrie gestattet würde, landwirtschaftliche Betriebe, die an jener Stelle ihre natürlichen Lebensbedingungen fänden, in einer Weise zu beeinträchtigen, daß die Landwirtschaft schließlich zum Erliegen kommen müsse.

Die Grundlage dieser neuartigen Interessenabgrenzung im Raum fand das Reichsgericht in dem Institut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses. Die räumliche Gemeinschaft der Grundstücke wurde so zugleich als Ausdruck normativ geregelter Beziehungen der Grundstückseigentümer untereinander gesehen, wie dies bereits § 906 BGB durch das Merkmal der Ortsüblichkeit deutlich macht. Nunmehr mußte jedoch die Konfliktlösung den veränderten zeitlichen und räumlichen Gegebenheiten, dem Wandel der "Normsituation"¹⁾ angepaßt werden. Die Zubilligung eines gesonderten Ausgleichsanspruchs in Fällen ortsüblicher, aber existenzschädigender Grundstücksbenutzung stellte sich als eine notwendige rechtschöpferische Gesetzesergänzung dar. Da diese auf die im Gesetz bereits enthaltene räumliche Gemeinschaft der Grundstücke als Bewertungsfaktor zurückgreift²⁾, überzeugt sie auch im Ergebnis.

Das Reichsgericht hat das Institut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses als Grundlage einer Neubewertung der nachbarlichen Interessen in weiteren Urteilen herangezogen³⁾. Dabei hat es jedoch zum Teil konstruktiv einen anderen Weg gewählt: so bezeichnet es existenzschädigende Einwirkungen, die nach den bisher entwickelten Maßstäben als ortsüblich hätten angesehen werden müssen, gerade wegen ihrer Wirkungen als nicht mehr den gewöhnlichen Verhältnissen entsprechend⁴⁾. Dieser Lösungsweg ist zu Recht kritisiert worden⁵⁾, weil das

1) Nach Larenz, Methodenlehre, S. 265.

2) Westermann, Eranion für Maridakis, S. 667.

3) RGZ 159, 68 (74 f); 159, 129 (140); RG ZAkDR 1940, 100; RG SeuffA 96 Nr. 68.

4) RGZ 159, 129 (140); ähnlich RG ZAkDR 1940, 100 (101).

5) Vgl. Paul, DR 39, 759; Klausling-Paul, aaO S. 31 f; H.-W. Schulte, NJW 54, 497; Staudinger-Seufert, § 906 Anm. 49.

Reichsgericht den Interessenkonflikt durch gesetzliche Auslegung zu lösen versuchte, obwohl § 906 BGB von einer anderen Bewertungsgrundlage ausging, da der Gesetzgeber derartige Konfliktsfälle eben nicht vorausgesehen hatte. Einer den Eigenarten des Raumes entsprechenden Nutzungsart konnte nicht deshalb die Ortsüblichkeit aberkannt werden, weil sie andere ortsübliche Nutzungen beeinträchtigte. Bei einer solchen Anwendung des Gesetzes werden die Bewertungsmaßstäbe eines gerechten Ergebnisses wegen verschoben, nicht im Wege zulässiger richterlicher Fortbildung den veränderten Umständen angepaßt¹⁾.

Das Ergebnis und das Ziel der Rechtsschöpfung, dem beeinträchtigten Nachbarn einen Ausgleich für die ihm zugefügten Nachteile durch Ersatz eines "prozentualen Anteils" seines Schadens²⁾ zu gewähren, wurde allgemein begrüßt. Die Kritik stieß sich im wesentlichen daran, daß in der Leitentscheidung RGZ 154, 161 ortsübliche und damit rechtmäßige Einwirkungen als rechtswidrig bezeichnet wurden³⁾. Weiterhin bestand über den Rechtsgrund des Ausgleichsanspruchs Uneinigkeit. Die Rechtsprechung stützte ihn lediglich auf das Institut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, das es als besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ansah⁴⁾. Jedoch kann aus § 242 BGB allein eine Veränderung

1) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 27, kennzeichnet die rechtsfortbildende Tätigkeit so, daß der Richter ein Auseinanderfallen der ursprünglichen Einheit von Bewertungsgrundlagen, -maßstäben und Rechtsfolgen zu beheben habe, indem er dem wesentlichen Teil der Norm den Vorzug gebe, nämlich der Grundlage der Bewertung.

2) RGZ 154, 161 (167).

3) Vgl. H.-W. Schulte, ZfB 91, 302; ders., NJW 54, 497; Wolff-Raiser, § 58 II 2 u. Anm. 21; Hubmann, JZ 58, 492.

4) Das ist deutlich nur für andere nachbarliche Interessenkollisionen ausgesprochen worden: RGZ 167, 14 (23) (Grundwasserschäden); BGH LM § 903 BGB Nr. 1 2 (Entziehung von Licht und Luft); BGHZ 28, 110 (durch Kriegseinwirkungen ausgebauchte Grenzmauer) = JZ 1959, 165 m. Anm. Pleyer; BGHZ 28, 225 (Zuführungen fester Körper).

des sachenrechtlichen Zuweisungsgehalts nicht hergeleitet werden, da diese Vorschrift nicht als beziehungsbe gründende Norm anzusehen ist, sondern nur inhaltsbestimmend angewendet werden kann¹⁾. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ist auch keineswegs eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, sondern verkörpert als Inbegriff normativ ausgestalteter Beziehungen der Nachbarn untereinander eine gegenseitige Bindung, die einem Rechtsverhältnis gleichkommt. Diese Bindung kann und muß dazu führen, daß derjenige einen finanziellen Ausgleich zahlt, dessen erlaubte Tätigkeit das Nachbarèigentum schwer beeinträchtigt. Damit bildet allein das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis mit der Möglichkeit zahlloser Interessenkonflikte die Grundlage für einen solchen Ausgleich²⁾. Innerhalb dieser Rechtsbeziehung mag § 242 BGB angewendet werden³⁾; die Vorschrift dürfte sich aber auf die Ausgestaltung von Inhalt und Umfang des Ausgleichsanspruchs beschränken.

Zum Teil wurde auch die Auffassung vertreten, der Ausgleichsanspruch sei ein Unterfall der sog. privatrechtlichen Aufopferung, wie sie in den §§ 904 BGB, 26 GewO, 74, 75 EinlALR zum Ausdruck komme⁴⁾, so daß weder auf § 242 BGB noch auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis zurückgegriffen werden könne. Jedoch begründete § 906 BGB ebenso wie die gesetzliche Neuregelung allgemeine, für jeden Eigentümer geltende Duldungspflichten, während die oben genannten Normen besondere Duldungspflichten festsetzen, die in den allgemeinen Eigentumsgehalt eingreifen. Die wesensmäßigen und systematischen

1) Westermann, JZ 63, 408; Anm. zu BGHZ 38, 61.

2) Westermann, § 63 I 2; ders., BB 1965, 755. Zweifelnd Kleindienst S. 23.

3) In diesem Sinne Westermann, JZ 63, 408. Eine vorsichtige Anwendung des § 242 BGB im Rahmen des § 906 BGB bejaht Kleindienst, S. 41.

4) OLG Köln BB 55, 367; Baur, Lehrb., § 25 IV 2 e cc B; Hubmann, JZ 58, 491; Staudinger-Seufert, § 906 Anm. 49; Wolff-Raiser, § 53 II 2 u. Fußn. 21.

Unterschiede zwischen beiden Anspruchsarten bestehen darin, daß einmal trotz raumgemäßer Benutzung ein Ausgleich zu zahlen ist, während im Falle des § 26 GewO der Ersatzanspruch "primäre" Ausgleichsfunktionen übernehmen soll, weil die Benutzung des störenden Grundstücks über die allgemeinen Eigentumsgrenzen hinausgeht und die raumgemäße Nutzungsart sprengt¹⁾. Es bestehen daher - wie an anderer Stelle bereits erörtert²⁾ - grundsätzliche Bedenken, den Anspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis als Unterfall der privaten Aufopferungsansprüche zu betrachten.

Neuerdings sieht Kleindienst³⁾ die Rechtsprechung des Reichsgerichts in völlig neuem Licht. Er meint, das Reichsgericht habe das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis nicht als Grundlage eines selbständigen Geldanspruchs heranziehen wollen, sondern es nur dazu benutzt, die Vorschrift des § 906 BGB alter Fassung restriktiv auszulegen, so daß für gesonderte Entschädigungsansprüche aus den §§ 26 GewO, 148 ABG wieder Raum geschaffen worden sei. Für diese Ansicht spricht, daß in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen, in denen die Existenz des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses im Immissionsbereich anerkannt wird, eine Abwehrklage der betroffenen Eigentümer aus diesen Sondernormen ausgeschlossen war. Bei restriktiver Auslegung des § 906 BGB hätte daher ein Entschädigungsanspruch auf diese besonderen Vorschriften gestützt werden können.

Jedoch lassen verschiedene Gründe erkennen, daß das Reichsgericht einen gesonderten Geldanspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ableiten wollte.

1) Vgl. Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 55. Einen ausdrücklichen Unterschied nehmen auch an: Glaser-Dröschel, S. 154 f; Mühl, NJW 60, 2324; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 66.

2) Vgl. oben S. 35 ff.

3) S. 28 ff, insbesondere S. 32.

Die Kernsätze der Entscheidung vom 10. März 1937¹⁾ lauten:

"... ist dort das eine u n d das andere "gewöhnlich", d.h. ortsüblich, so können mit Rücksicht auf diese besonderen Verhältnisse Einwirkungen des Industrierwerks von solcher Art und solchem Maß, daß sie die Lebensbedingungen der Landwirtschaft zerstören müssen, nicht als rechtmäßig im Sinne des § 906 BGB angesehen werden. Ein Abwehranspruch des Landwirts ist durch §§ 26 GewO, 58 ABG ausgeschlossen. Aber die Rechtswidrigkeit der Einwirkung muß ihren Ausdruck in einer Ersatzpflicht für die Schadensfolgen finden..."

Diese "Rechtswidrigkeit" als erlaubt erkannter, weil ortsüblicher Zuführungen sollte also nach dem Wortlaut der Entscheidungsgründe die Ersatzpflicht des Immittenten rechtfertigen. Der letzte zitierte Satz wäre unsinnig und überflüssig, wenn die Ersatzpflicht auf die Vorschriften der §§ 26 GewO, 148 ABG hätte gestützt werden sollen. Dabei ergibt sich als weiteres Indiz gegen die Ansicht von Kleindienst, daß sich hier die sonst stets zumindest im Zusammenhang mit § 26 GewO gebrauchte Formulierung, der Schadensersatzanspruch werde als Ersatz für die Entziehung einer an sich gegebenen Abwehrklage gewährt, nicht findet. Das aber kann nur bedeuten, daß das Reichsgericht einen selbständigen Anspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ableiten wollte. So spricht es in späteren Entscheidungen auch ausdrücklich von einer "nach Billigkeit zu bemessenden Entschädigung"²⁾, ja deutet sogar in dem Versuch, die neue Rechtsfigur des Ausgleichsanspruchs dogmatisch einzuordnen, an, den in ihrer Existenz Geschädigten könne "wegen der ihnen aufgezwungenen Opfer in sinngemäß ausdehnender Anwendung des § 26 GewO ein von einem Verschulden unabhängiger Anspruch auf billige Entschädigung" zustehen³⁾. Weiterhin ist gegen die Ansicht von Kleindienst anzuführen, daß das Reichsgericht selbst von einer "erweiterten Auslegung"⁴⁾ spricht. Dieser Ausdruck

1) RGZ 154, 161 (166).

2) RGZ 159, 129 (140).

3) RG SeuffA 98 Nr. 68.

4) RGZ 159, 129 (140).

wird nur dann sinnvoll, wenn man davon ausgeht, daß das Reichsgericht bei Existenzschädigung der Betroffenen einen selbständigen Ausgleichsanspruch, losgelöst vom Wortlaut des § 906 BGB, schaffen wollte, es sei denn, man unterstellt, das Reichsgericht habe die Methoden der einschränkenden und erweiterten Auslegung verwechselt.

Kleindienst führt schließlich eine Entscheidung vom 4.1.1940¹⁾ als Beweis für seine Auffassung an. Er meint, hierin komme zum Ausdruck, daß das Reichsgericht keineswegs einen Ausgleich in Form einer Geldzahlung bei Existenzschädigung habe gewähren wollen, sondern daß es - soweit infolge Sondernormen zusätzliche Duldungspflichten und damit Ersatzansprüche nicht begründet gewesen seien - den Unterlassungsanspruch habe durchgreifen lassen, wenn durch zumutbare Schutzmaßnahmen die Gefahr einer Existenzschädigung einer ortsüblichen Nutzung nicht vermieden werden konnte²⁾. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: in einem "durch ländliche Ruhe ausgezeichneten, zum Aufenthalt für Erholungssuchende bestimmten Landhaussiedlungsgelände" lag ein Steinbruch, der zunächst nur mit einer kleinen Steinquetschmaschine und wenigen Leuten arbeitete, sich dann aber innerhalb von zwei Jahren zu einem Großbetrieb mit Press- und Bohrmaschinen, häufigen und starken Sprengungen und 150 Arbeitnehmern erweiterte, so daß eine benachbarte Fremdenpension ihre Herbergsgäste verlor. Das Reichsgericht bezeichnete die Ausbeutung in der Form eines Großbetriebes mit Rücksicht auf die örtliche Lage und das gesteigerte Maß der Einwirkungen als nicht mehr ortsüblich und damit als rechtswidrig. Es führte aus, der Steinbruchbetrieb müsse sich so viele Einschränkungen gefallen lassen, bis die Benutzung des Nachbargrundstücks als Fremdenpension wieder möglich sei. Bei dieser Sachlage, nämlich der Nichtüblichkeit der störenden Benutzung,

1) RGZ 162, 349.

2) Kleindienst, S. 30.

konnte die Frage nach einem Ausgleichsanspruch gar nicht gestellt werden. Grund für das Durchgreifen des Unterlassungsanspruchs ist also nicht, wie Kleindienst meint, die Existenzschädigung der Pension gewesen, sondern der Umstand, daß ein Großbetrieb, wie er sich innerhalb kürzester Zeit entwickelt hatte, nicht in die Umgebung paßte. Daß der Steinbruchbetrieb nur so weit eingeschränkt zu werden brauchte, bis die Pension wieder betrieben werden konnte, ist dabei nur vernünftig. Dadurch ist lediglich der Umfang des Unterlassungsanspruchs bestimmt worden.

Es ist also daran festzuhalten, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen gesonderten Geldausgleich aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses zubilligen wollte. Sie ist auch zu Recht in diesem Sinne vom Bundesgerichtshof verstanden worden¹⁾.

6.) Die Neufassung des § 906 BGB

Durch die Neufassung des § 906 BGB auf Grund des "Luftreinhaltegesetzes" vom 22. Dezember 1959 ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes also modifiziert worden. Der vom Gesetzgeber gewählte Weg, das räumliche Beieinanderliegen der Grundstücke im nachbarlichen Raum mit der Folge natürlicher Konfliktmöglichkeiten als Ausgangspunkt eines Ausgleichs durch Interessenbeschränkung oder, wo diese nicht ausreicht, durch korrigierende Geldzahlung zu nehmen, institutionalisiert gleichsam das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis neu²⁾. Einer Ausfüllung des gesetzlichen Tatbestandes mit Hilfe der Generalklausel des § 242 BGB bedarf es daher nur in wenigen Fällen, da der neue § 906 BGB mit den Merkmalen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit

1) BGHZ 16, 366 (373); BGHZ 30, 273 (280); BGH NJW 62, 1342.

2) Westermann, BB 65, 755.

von Schutzeinrichtungen, der Beeinträchtigung über das zumutbare Maß hinaus und des angemessenen Ausgleichs selbst Elemente enthält, die eine Anpassung der gegensätzlichen Interessen entsprechend den Besonderheiten des Einzelfalles ermöglichen¹⁾.

Das Bestreben des Gesetzgebers, die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu § 906 BGB alter Fassung in einem gesetzlichen Tatbestand zu vereinen, hat jedoch notwendigerweise dazu geführt, daß die Neufassung in manchen Punkten von der früheren Rechtsprechung abweicht. Dazu treten beabsichtigte Änderungen und Klarstellungen²⁾. Da die Auslegung einer Gesetzesnorm am "objektivierten Willen des Gesetzgebers"³⁾ zu beginnen hat, sind diese Neuerungen zunächst zu beleuchten.

- a) Die Pflicht zur Verhinderung wesentlich beeinträchtigen-
der Einwirkungen durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen
-

Die vom Reichsgericht in der Gutehoffnungshütte-Entscheidung vom 10. März 1937 nur beiläufig erwähnte Pflicht des Immittenten, die bestmöglichen technischen Einrichtungen zur Schonung der Nachbarn zu treffen, hatte der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Prüfung von Schadensersatzansprüchen nach den §§ 823 ff BGB unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrig-

-
- 1) Für völligen Ausschluß des § 242 BGB: BGHZ 38, 61. Ablehnend Westermann in seiner Anmerkung hierzu, JZ 63, 408.
 - 2) So für die Frage, bei welchem Grad der Beeinträchtigung der Ausgleichsanspruch einsetzen solle. Vgl. Prot. Dt. Bundestag III/4855 ff; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, Anm. 16. Zur Rechtslage vorher: H.-W. Schulte, NJW 54, 497.
 - 3) Vgl. Bundesverfassungsgericht, Entsch. Bd. 1 S. 299 ff, 312; zur Gesetzesauslegung allgemein vgl. Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 26 FuBn.33.

keit geprüft¹⁾. Nunmehr stellt § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB klar, daß die Immissionsfreiheit nicht nur an der Ortsüblichkeit der Zuführungen ihre Grenze findet, sondern auch an deren Unvermeidbarkeit. Die Erfüllung der Pflicht ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, jedoch nicht - wie etwa in § 26 GewO - einklagbare Verpflichtung.

Die Abwehrmaßnahmen werden überwiegend konstruktiver und verfahrenstechnischer Art sein. Der Immittent muß dafür Sorge tragen, daß die Emissionen durch Entstauber, Filteranlagen oder Gasabscheider²⁾ verringert werden oder ihre Giftigkeit durch vollständige Verbrennung herabgesetzt wird. Abwehrmaßnahmen im Sinne des Gesetzes sind aber auch alle anderen Verhaltensweisen eines Grundstückseigentümers, durch die nachbarliche Beeinträchtigungen vermindert oder beseitigt werden: so etwa die Wahl eines anderen Produktionsverfahrens oder Weisungen an das Personal, Rücksicht zu nehmen³⁾. Der Eigentümer des Grundstücks, von dem schädliche Zuführungen ausgehen, braucht aber nur zu solchen Abwehrmaßnahmen zu greifen, die für ihn wirtschaftlich zumutbar sind, und zwar als einem "Benutzer dieser Art". Damit wird der Durchschnittsbetrieb des entsprechenden Erwerbszweiges angesprochen⁴⁾. Die elastische Regelung gestattet, nach Klein-, Mittel- und Großbetrieben zu unterscheiden und das Maß an Schutzeinrichtungen nach der durchschnittlichen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit von Betrieben dieser Art (Branche)

1) Vgl. BGH LM § 906 Nr. 1; zuletzt BGH NJW 62, 1343.

2) Zu den verschiedenen technischen Möglichkeiten der Bekämpfung von Emissionen: Boisserée-Oels, S. 63 ff; Lärmbekämpfungsmaßnahmen: Oftinger, S. 27 f, 29, 78.

3) Vgl. RG JW 1938, 2970; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, Anm. 6.

4) Meisner-Stern-Hodes, § 16 V 2 b bb; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 50; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, Anm. 8.

und Größe zu bestimmen¹⁾. Da es sich bei der Abwehrpflicht durch eigene Maßnahmen um die Bestimmung des Umfanges der Immissionsfreiheit handelt und es damit um die Zuweisung von Eigentumsgehalt geht, ist stets von den Besonderheiten des beeinträchtigenden Grundstücks auszugehen. Es ist daher zutreffend, wenn hier von einem "gemischt subjektiv-objektiven Maßstab" gesprochen wird²⁾.

Allerdings darf nicht die spezielle Ertrags- und Rentabilitätslage des einzelnen Unternehmens oder die Finanzkraft des Grundstückseigentümers herangezogen werden. Ein unrentabel arbeitender Betrieb soll nämlich nicht unter Berufung auf wirtschaftliche Schwierigkeiten den Einbau von Schutzeinrichtungen ablehnen können³⁾. Derartige Betriebe müssen sich dann eine Beschränkung gefallen lassen oder ganz eingestellt werden.

Jeder immittierende Betrieb hat also die im konkreten Falle objektiv erforderlichen und technisch erfüllbaren Schutzvorrichtungen anzubringen, die für einen Durchschnittsbetrieb dieser Art auf einem vergleichbaren Grundstück unter vergleichbaren wirtschaftlichen Bedingungen wirtschaftlich trag-

1) Dabei begründen branchentypische wirtschaftliche Schwierigkeiten (Absatzflauten usw.), nicht aber die unrentable Betriebsweise die Unzumutbarkeit. So Staudinger-Seufert aaO. Unberücksichtigt bleiben auch der Nutzen des betreffenden Betriebes für die Allgemeinheit oder die Belange der Arbeitnehmer, so aber Glaser-Dröschel, S. 153, ähnlich auch BGHZ 28, 225 (231), freilich einen anderen Fall betreffend. Derartige Gesichtspunkte haben keinen Raum, wo es um die Zuweisung von Eigentumsinhalt geht. Dagegen mit Recht auch Kleindienst, S. 37 Fußn. 75; im Ergebnis wohl auch Staudinger-Seufert, aaO Anm. 8.

2) Vgl. Erman-Westermann, § 906 Anm. 4 b; ähnlich Meisner-Stern-Hodes, § 16 V 2 b bb.

3) Meisner-Stern-Hodes, § 16 V 2 b bb; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 50; Staudinger-Seufert, aaO. Nicht zu billigen ist die von Glaser-Dröschel noch in der 1. Aufl., S. 124 geäußerte Ansicht, die Anschaffungskosten dürften den Betrieb nicht wirtschaftlich unrentabel machen; dies gilt indes nur, wo auch ein Durchschnittsbetrieb dieser Art Gefahr liefe, unrentabel zu werden. Mit Recht anders jetzt in der 2. Aufl., S. 153.

bar wären¹⁾. Bis zu dieser Grenze muß jeder ortsüblich nutzende Eigentümer gehen, um die Abwehrrechte des Nachbarn gegenüber wesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen ausschließen zu können. Ob auch Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen, wenn die Kosten dieser Einrichtungen unverhältnismäßig höher wären als die aus unbeschränkter Immission zu erwartenden Schäden, erscheint zweifelhaft, ist aber nach dem Wortlaut des neuen § 906 BGB zu bejahen. Dafür spricht auch, daß das Gesetz zur Änderung des § 906 BGB vom 22. Dezember 1959 allgemein einer weiteren Verschmutzung der Luft Einhalt gebieten soll. Da es zugleich um die Abgrenzung von Herrschafts- und Abwehrbefugnissen im nachbarlichen Raum geht und damit um die Frage nach der Reichweite der gegenseitigen Einwirkungsbefugnisse, kann es dem Immittenten nicht freigestellt bleiben, ob er die Schutzeinrichtungen anbringen oder lieber den Geldausgleich zahlen möchte²⁾. In diesem Falle hängen die Eigentümerbefugnisse von den meist willkürlichen wirtschaftlichen Überlegungen des Immittierenden Grundstückseigentümers ab. Zudem hat der Geldanspruch neben seiner Funktion als sekundärer Ausgleich auch eine regulative Funktion; er soll dazu beitragen, daß die Vorteile der störenden Benutzung stets die Nachteile auf Seiten der Betroffenen überwiegen. Dieses Regulativ soll die Immissionsfreiheit des Eigentümers, die bei Unvermeidbarkeit der Immissionen besteht, über den Umweg erhöhter Ersatzleistungen praktisch weiter einschränken. Es stieße ins Leere, wenn der "störende" Eigentümer seine Vorteile künstlich dadurch höher halten kann, daß er die Kosten für Schutzeinrichtungen einspart. Außerdem würde der Charakter des § 906 BGB als privatrechtliche Vorschrift der Raumordnung verkannt, wenn die endgültige Ordnung des Teilraumes, d.h. hier bezogen auf Art und Maß der erlaubten wesentlichen Einwirkungen, nach dem Belieben und den Bedürfnissen des immittierenden Eigentümers

1) Ähnlich Meisner-Stern-Hodes, §. 16 V 2 b bb.

2) Ebenso Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, Anm. 9; Kleindienst, S. 37 f.

bestimmt würde und nicht nach den Lenkungsvorstellungen des Gesetzgebers, die dieser durch Auferlegung von Schutzpflichten zu erkennen gibt.

Das schließt freilich nicht aus, daß die Grundstückseigentümer das gesetzte Recht im Wege der Vereinbarung zu "privatem" Nachbarrecht umgestalten, indem sie mögliche Unterlassungsansprüche des betroffenen Grundstückseigentümers ausschließen und stattdessen eine jährliche feste oder nach dem jeweiligen Schaden zu bemessende Geldentschädigung festsetzen. Eine solche Übereinkunft kann durch eine Grunddienstbarkeit dinglich gesichert werden¹⁾.

Bei besonders auffallendem Mißverhältnis zwischen dem Nutzeffekt der Schutzeinrichtung und den Kosten für ihren Einbau muß es jedoch dem immittierenden Grundstückseigentümer möglich sein, daß er die anfallenden Beeinträchtigungen verursachen darf und sie durch Geldzahlung auszugleichen hat. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis verlangt zwar vom Immittenten, dem Konflikt oder seinen Folgen durch Herstellung schützender Einrichtungen auszuweichen. Diese Pflicht würde jedoch überspannt, wollte man von dem immittierenden Grundstückseigentümer verlangen, erhebliche Geldmittel für derartige Schutzmaßnahmen aufzuwenden, obwohl der mögliche Schaden nur einen Bruchteil dieser Summen ausmachen würde²⁾.

Hier kann eine Korrektur der sachenrechtlichen Zuweisung ohne Schwierigkeiten dem Begriff der Unzumutbarkeit entnommen werden³⁾. Jedoch gilt diese Einschränkung nur in Fällen eines besonders krassen Mißverhältnisses.

1) Baur, Lehrb., § 25 IV 1 c; Wolff-Raiser, § 53 III.

2) Ebenso Kleindienst, S. 37 f; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB RdNr. 9.

3) Zu Unrecht wollen Staudinger-Seufert, aaO, mit § 242 BGB helfen.

b) Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Geldausgleichs

Bei bestehender Duldungspflicht erwirbt der betroffene Eigentümer einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich nur dann, wenn die Einwirkungen aus ortsüblicher Nutzung ebenfalls eine ortsübliche Nutzung seines eigenen Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigen.

Das Erfordernis einer ortsüblichen Nutzung als Voraussetzung eines Geldausgleichs auch auf Seiten des betroffenen Nachbarn ist sachgemäß und kennzeichnet die Absicht des Gesetzgebers: nur solche Nutzungsarten sollen die Hilfe der Rechtsordnung verdienen, die in den Raum passen, sich also aus ebenfalls inhaltsgemäßer Ausnutzung des Eigentums ergeben¹⁾. Die zweite Alternative (Ertrag) besagt hierbei lediglich, daß auch wesentlich beeinträchtigende Einwirkungen auf die Früchte und Nutzungen des Grundstücks ausreichen.²⁾ Da auch die Fruchtziehung "Benutzung" ist, bedeutet dieser Zusatz lediglich eine Klarstellung.

Nur solche Beeinträchtigungen sind entschädigungspflichtig, die "über das zumutbare Maß" hinausgehen. Der Gesetzgeber hat die strengen Maßstäbe, die die Rechtsprechung zum alten § 906 BGB in Form der "Existenzvernichtung" oder des "schweren wirtschaftlichen Nachteils" aufgestellt hatte und die aus einer verständlichen Scheu des Richters vor einer zu weitgehenden Durchbrechung des gesetzten Rechts zu erklären sind³⁾, gemildert. Ausgleichspflichtig ist nunmehr schon jede nicht mehr geringfügige Störung im Gleichgewicht der nachbarlichen Beziehungen, die auf einer Seite ein besonderes

1) In diesem Sinne schon früher Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 51.

2) Glaser-Dröschel, S. 155; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, RdNr. 15.

3) So Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 56.

Opfer hervorruft¹⁾. Als zumutbar erweist sich eine Beeinträchtigung, die der Eigentümer eines Grundstücks von solcher Art und Lage bei Anlegung objektiver Kriterien nicht mehr ertragen kann²⁾. Nicht die persönlichen Verhältnisse des betroffenen Nachbarn selbst sind maßgeblich, sondern die Eigenart des Raumes und des beeinträchtigten Objekts.

Das Merkmal der Unzumutbarkeit ist, wie Schneider³⁾ zu Recht bemerkt, ausfüllungsbedürftig und letztlich das, was der erkennende Richter im Streitfall unter Abwägung aller Umstände dafür hält. Dabei sind wohl auch für alle Situationen des Nachbarrechts verschiedene Gesichtspunkte ausschlaggebend⁴⁾. Auf jeden Fall aber sind Ausgleichspflichten des Störers eher begründet als dies nach der früheren Rechtsprechung angenommen wurde. Der vereinzelt vertretenen Auffassung⁵⁾, auch heute sei ein Geldausgleich erst bei schwerer Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens zu gewähren, kann angesichts der bewußt erweiterten Fassung des neuen § 906 BGB nicht gefolgt werden⁶⁾.

Ein Ausgleichsanspruch entsteht auch, ja gerade dann, wenn ortsübliche Immissionen die Nutzung eines Nachbargrundstücks nicht nur beeinträchtigen, sondern sogar ausschließen. Demgegenüber will Kleindienst⁷⁾ bei existenzvernichtenden Einwirkungen dem Betroffenen nach § 906 BGB i.V. mit § 242 BGB die Möglichkeit geben, mittels der actio negatoria eine

1) Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, RdNr.16; ähnlich Mühl, NJW 60, 2324. Dagegen fordern Palandt-Degenhart, § 906 Anm. 6 a schon dann eine Entschädigung, wenn das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis verletzt sei. Aber welche Kriterien sollen dann überhaupt angelegt werden?

2) Staudinger-Seufert, aaO; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 69, 70; Kleindienst, S. 49.

3) MDR 65, 442 r. Sp.

4) Schneider, MDR 65, 443.

5) So etwa Glaser-Dröschel, S. 156, in Anlehnung an BGHZ 40, 273 (280).

6) Ebenso Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, RdNr.16; Kleindienst, S. 51 und Fußn. 105.

7) S. 39 f, insbesondere S. 42; zustimmend Pleyer, AcP 165, 559 f.

Einschränkung der Störung bis auf das Maß zu fordern, daß eine Grundstücksnutzung wieder möglich wird. Er meint, schon nach der früheren Rechtsprechung seien übermäßige existenzvernichtende Einwirkungen nicht als rechtmäßig angesehen worden, und es sei kaum anzunehmen, daß die Neufassung hier eine Besserstellung des immittierenden Eigentümers habe schaffen wollen. Dieser ausschließlich historisch begründete Schluß beruht auf einer Fehleinschätzung der Gutehoffnungshütte-Entscheidung. Die dort getroffene Feststellung, existenzschädigende Einwirkungen seien trotz Ortsüblichkeit rechtswidrig, sollte nicht dazu dienen, Raum für einen auf Normen außerhalb des BGB beruhenden Geldausgleich zu schaffen, sondern sollte, wie oben dargelegt¹⁾, einen selbständigen Geldanspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis begründen helfen.

Das Reichsgericht hat auch die vorgebliche Rechtswidrigkeit ortsüblicher, aber existenzvernichtender Einwirkungen niemals zum Anlaß genommen, selbständige Unterlassungsansprüche dort zu begründen, wo besondere Duldungspflichten wie §§ 26 GewO, 58 ABG nicht eingriffen²⁾. Die Ansicht Kleindiensts ist ferner nicht der Systematik der Raumordnungsnorm des § 906 BGB angepaßt, weil das Element der Ortsüblichkeit der Immission zugleich Ausdruck des Raumcharakters ist und den allgemeinen Eigentumsgehalt bestimmt. Wird die Abgrenzung der Eigentümerbefugnisse dagegen von den Wirkungen der Immissionen auf einzelne Grundstücke her bestimmt, so verliert das Merkmal der Ortsüblichkeit seine eigentumsprägende Kraft.

Besonders bedeutsam ist, daß die schon früher von der Rechtsprechung³⁾ anerkannte Verpflichtung des beeinträchtigten

1) Vgl. oben S. 47 ff.

2) Auch nicht - entgegen Kleindienst, S. 30 f - in der Steinbruch-Entscheidung RGZ 162, 357.

3) Vgl. RGZ 154, 161 (167); 159, 129 (168); RG ZAkDR 40, 101; RGZ 162, 349 (357); RG Seuffa 96 Nr. 68; BGH LM § 906 Nr. 1; BGH NJW 62, 1343.

Grundeigentümers, im Rahmen des ihm wirtschaftlich Zumutbaren und Möglichen voraussehbare Schäden mit vermeiden zu helfen, bestehen geblieben ist. Unterläßt er dies, sind Beeinträchtigungen zumutbar und ohne Entschädigung hinzunehmen. Er muß versuchen, den Schaden durch eigene Anpassungsbemühungen gering zu halten und dabei sogar möglicherweise seine Nutzung umstellen, jedoch wohl nur innerhalb der gleichen Nutzungsart¹⁾. Es handelt sich nicht um eine einklagbare Verpflichtung²⁾, sondern um eine "Pflicht gegen sich selbst"³⁾. Ihre Nichtbeachtung mindert den Ausgleichsanspruch oder schließt ihn ganz aus⁴⁾.

Diese Regelung findet ihre innere Rechtfertigung in dem Umstand, daß eine Geldzahlung als Korrektur eines rechtmäßigen, jedoch schwer erträglichen Übergriffs in die Rechtssphäre eines anderen nur dort angebracht ist, wo der Betroffene "sich selbst aus eigener Kraft nicht mehr zu helfen vermag"⁵⁾. Auch der Eigentümer des von wesentlich beeinträchtigenden Immissionen bedrohten Grundstücks soll sich den Eigenarten des Raumes anpassen. Damit enthält der Ausgleichsanspruch eine weitere, auf den Betroffenen bezogene regulative Tendenz: da die gesetzliche Interessenbewertung als Ziel eine vernünftige Raumordnung anstrebt, beeinträchtigt die Rechtsfolge des Wertmaßstabes bewußt Nutzungsarten, die nicht in den Raum passen.

Damit kann die Anpassungspflicht des beeinträchtigten Grundeigentümers unmittelbar der Vorschrift des § 906 BGB entnommen werden. Im Gegensatz zu einigen Stimmen der Literatur⁶⁾

1) Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S.60 f, zu § 906 a.F.

2) So noch Glaser-Dröschel, 1. Aufl., S. 125. Unentschieden nunmehr 2. Aufl., S. 154.

3) Kleindienst, S. 50; Westermann, JZ 1963, 407/8.

4) Westermann, aaO; Kleindienst, aaO; Glaser-Dröschel, 2. Aufl., S. 154.

5) So mit Recht Schneider, MDR 65, 443.

6) So Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm.71; Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, RdNr.19; auch LG Hamburg MDR 1965, 46; hier gegen Kleindienst, S. 20.

bedarf es dagegen eines Rückgriffs auf § 254 BGB nicht.

Die Pflicht setzt erst in dem Augenblick ein, da mit Immissionsschäden bestimmter Art unmittelbar gerechnet werden kann; sie müssen also schon vorher in dem Raum aufgetreten sein¹⁾.

Der Umfang des Ersatzanspruchs auf angemessenen Ausgleich soll im Zusammenhang mit den Entschädigungsansprüchen der §§ 26 GewO, 148 ABG erörtert werden²⁾.

III. Gesteigerte Duldungspflichten des Grundeigentümers

1.) Die Rechtslage bei Immissionen aus obrigkeitlich genehmigten Betrieben (§ 26 GewO)

Soweit die Grenzen der in § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB abgesteckten Duldungspflichten überschritten sind, kann der beeinträchtigte Grundeigentümer mit der Abwehrklage des § 1004 BGB gegen den Störer vorgehen.

Sein Abwehrrecht wird jedoch durch die Sondernorm des § 26 GewO ausgeschlossen, wenn die Beeinträchtigungen von einer obrigkeitlich genehmigten Anlage ausgehen. Eine gewerbepolizeiliche Genehmigung ist für die Errichtung solcher Anlagen erforderlich, die Nachteile, Gefahren oder Belästigungen der Nachbarschaft erwarten lassen (§ 16 GewO). Die Besorgnis derartiger Auswirkungen auf die Umgebung des Betriebes rechtfertigt ein besonderes mit "Öffentlichkeitszwang"³⁾ ausgestaltetes Verwaltungsverfahren, in dem die

1) LG Hamburg MDR 65, 46.

2) Vgl. unten S. 141 ff.

3) Zydek, ZfB 100, 468.

Belange der möglicherweise gefährdeten Nachbarn vorweg berücksichtigt werden. Das Verfahren räumt ihnen die Möglichkeit ein, sich mittels eigener Einwendungen gegen die geplante Errichtung zu wehren und gegen einen ablehnenden Prüfungsbescheid die Verwaltungsgerichte anzurufen¹⁾.

Hat die Verwaltungsbehörde die Genehmigung jedoch einmal erteilt, kann der Nachbar nicht mehr die Einstellung des Betriebes verlangen. Ein etwa bestehender Anspruch auf Unterlassung wesentlicher, nicht ortsüblicher Immissionen wird in einen Anspruch auf Herstellung schützender Einrichtungen umgewandelt oder, wo dies unzulässig oder mit einem gehörigen Betriebe nicht vereinbar ist, in einen Anspruch auf Schadloshaltung²⁾.

Der Ausschluß jeglichen Untersagungsrechts soll dem Betriebsinhaber, der für seinen Teilbereich volkswirtschaftlich wichtige Aufgaben erfüllt, die nötige Vertrauensgrundlage für Planungen und Investitionen geben³⁾. Das Gesetz hat seine

1) Vgl. §§ 17-19 GewO. Im einzelnen: BVerwG DÖV 1967, 856 m. Anm. Schefold.

2) Dabei muß nach zutreffender Ansicht die Klage auf Herstellung schützender Einrichtungen als eingeschränkte Negatorienklage verstanden werden, so mit Recht Landmann-Rohmer, § 26 RdNr. 32, zustimmend Kleindienst, S. 17. Ähnlich RGZ 37, 172, 174 f; RG JW 38, 2969; RGZ 133, 152, 153; Meisner-Stern-Hodes, § 39 II 2; Wolff-Raiser, § 53 II 3. Dagegen besteht der von RGZ 40, 182 (184) behauptete Gegensatz zwischen Unterlassungsklage und der Klage auf Herstellung schützender Einrichtungen deshalb nicht, weil andernfalls der Kläger im Wege einer Leistungsklage auf Herstellung bestimmter Einrichtungen bei deren Ungeeignetheit oder Untunlichkeit mit einem unbilligen und daher unvermeidbaren Prozeßrisiko belastet würde. Dem Störer darf nicht jede Wahl- und Entscheidungsmöglichkeit genommen werden, vgl. Kleindienst, S. 39 Fußn. 80.

3) Westermann, Eranion für Maridakis, S. 664; Kleindienst, S. 45; Landmann-Rohmer, § 26 RdNr. 17. Dagegen sieht Hubmann, JZ 58, 490, in der Genehmigung die staatliche Feststellung, daß ein überwiegendes Interesse vorliege. Das ist zweifelhaft, weil eine Verwaltungsbehörde, die sich lediglich mit Aufgaben der Gefahrenabwehr zu befassen hat, solche Feststellungen kaum wird treffen können.

Interessen den Abwehrinteressen des beeinträchtigten Grundstückseigentümers vorgezogen. Die besondere nachbarliche Duldungspflicht des Grundstückseigentümers oder -besitzers ist ferner dadurch gerechtfertigt, daß dessen Belange in einem besonderen Verfahren vor der Erteilung der Genehmigung geprüft und berücksichtigt worden sind, mögliche Beeinträchtigungen und Gefahren also durch entsprechende Auflagen oder Bedingungen bei der Konzessionierung vermieden worden sind¹⁾.

Welche gewerblichen Anlagen einer ausdrücklichen Genehmigung bedürfen, bestimmte vor dem Inkrafttreten des "Luftreinhaltegesetzes" vom 29. Dezember 1959 die Vorschrift des § 16 GewO a.F. durch ausdrückliche tatbestandsmäßige Aufzählung der genehmigungspflichtigen Anlagen. Nunmehr werden diese in einer von der Bundesregierung zu erlassenden Rechtsverordnung festgelegt²⁾. Auf diese Weise kann die Gefährlichkeit gewerblicher Anlagen durch einfache Aufnahme in die Verordnung berücksichtigt werden, ohne daß der meist langwierige und umständliche Weg einer Gesetzesergänzung eingeschlagen werden müßte.

§ 26 GewO erweitert die Einwirkungsbefugnisse des Betriebsinhabers über den positiven Eigentumskern hinaus und beschneidet in Form einer weitgehenden Duldungspflicht, die bis zum Ausschluß jeglichen Untersagungsrechts geht, die Abwehrbefugnisse des Eigentümers. Während in § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB die Erfordernisse des Raumes zum maßgeblichen Bewertungsfaktor erhoben sind, nach dem der Wertrang der Eigentümerinteressen ausgerichtet wird, enthält § 26 GewO eine spezielle Interessenabwägung. Der Anspruch auf Schadloshaltung soll die erlaubten Eingriffe ausgleichen. Er verfolgt

-
- 1) Die Klage nach § 26 GewO hat der Nachbar auch dann, wenn er im Prüfungsverfahren wegen Fristversäumung ausgeschlossen worden ist, Ebensowenig präkludiert eine verwaltungsmäßige Ablehnung seine Einwendungen den privaten nachbarrechtlichen Schutz. Vgl. hierzu auch Landmann-Rohmer, § 17 RdNr. 8 ff.
- 2) VO über genehmigungsbedürftige Anlagen vom 4.8.1960 (BGBl. I S. 690).

damit "primäre" Ausgleichstendenzen. Dieser Weg einer Lösung von Interessengegensätzen, der durch Begünstigung eines der Interessen gekennzeichnet ist, kann als "Eingriffs-"¹⁾ oder "Entschädigungsprinzip"²⁾ benannt werden. Da sich auch die Vorschrift des § 26 GewO mit Interessenkonflikten im nachbarlichen Raum befaßt, ist sie ungeachtet ihrer Stellung in der Gewerbeordnung als Nachbarrechtsnorm zu bezeichnen.

2.) Die gesteigerte Duldungspflicht des Grundstückseigentümers gegenüber Einwirkungen aus lebenswichtigen Betrieben

a) Der nachbarrechtliche Aufopferungsanspruch

Das Reichsgericht hat aus § 26 GewO und anderen rechtsähnlichen Vorschriften, nämlich den §§ 904 BGB und 74, 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht von 1794, ein allgemeines Prinzip abgeleitet, wonach der Grundstückseigentümer berechtigt ist, einen vom Nachweis des Verschuldens unabhängigen Ersatzanspruch geltend zu machen, wenn er die Beeinträchtigung seines Eigentums wegen überwiegenden Interesses dulden muß und ihm die nach allgemeinem bürgerlichen Recht gewährten Abwehrrechte mit Rücksicht auf den allgemeinen Nutzen des Unternehmens oder den öffentlichen Zweck, dem die Ausnutzung des "Störer"-Grundstücks dient, versagt werden³⁾. Einen all-

1) So Esser, § 59, 5.

2) So Hubmann, AcP 155, 129 ff.

3) RGZ 58, 130 (134); 59, 70 (74); 63, 374 (376); 70, 150 (152); RG JW 1910, 74 (75); RG Warn. 11 Nr. 331; RGZ 81, 216 (224); 97, 290 (292); 98, 347 (348); 99, 96 (98); 100, 69 (74); 101, 102 (104); 122, 134 (138); 133, 342 (350); 155, 342 (350); 155, 154 (156); 159, 68 (72); 159, 129 (135); 162, 349 (359); 166, 218 (239); 167, 14 (25 f); 170, 40 (44).

gemeinen Nutzen erfüllen insbesondere die sog. lebenswichtigen Betriebe. Hierzu zählen Post und Eisenbahn, aber auch Krankenhäuser und Kanalisationsanlagen. Ferner versagen die Abwehrbefugnisse des Grundeigentümers gegenüber solchen Einwirkungen, die von Grundstücksflächen ausgehen, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind¹⁾.

Da der Grundstückseigentümer in diesen Fällen seine Abwehrinteressen den Belangen der Öffentlichkeit und Allgemeinheit aufzuopfern genötigt ist, spricht man in Anlehnung an den Wortlaut des § 75 EinlALR von einem "zivilrechtlichen", "bürgerlichrechtlichen" oder "nachbarrechtlichen" Aufopferungsanspruch²⁾. Der Umfang der Duldungspflicht und die Struktur des Entschädigungsanspruchs entsprechen in etwa denen des § 26 GewO. Man könnte daher auch diese Vorschrift als gesetzlich normierten Typus dieser Haftungsart bezeichnen³⁾. Die Verschiedenheit dieses privatrechtlichen Aufopferungsanspruchs von dem seit jeher anerkannten öffentlichrechtlichen Aufopferungsanspruch, der auf die §§ 74, 75 EinlALR unmittelbar zurückgeht, wird vom Bundesgerichtshof⁴⁾ und vom überwiegenden Teil der Literatur anerkannt⁵⁾. Nur wenige Autoren unterscheiden zwischen beiden Anspruchsarten überhaupt nicht⁶⁾ oder leugnen gar jeglichen Unterschied⁷⁾.

1) Vgl. RGZ 159, 129. Westermann, § 63 II 4 b; Baur, § 25 IV e bb; Schneider, MDR 65, 439 ff.

2) So etwa RGZ 159, 68 (73); 129 (135); BGHZ 16, 366 (369) und die in Anm. 5 Genannten.

3) So ausdrücklich auch RGZ 159, 68 (72).

4) BGHZ 16, 366; BGH NJW 60, 2335; NJW 67, 1857.

5) Vgl. Enn.-Nipperdey, § 218 I 3; Erman-Hefermehl, § 1004 Anm. 11 b; Hubmann, JZ 58, 489; Larenz II, § 73, 6; Palandt-Degenhart, § 903 Anm. 3 c; RGRK, vor § 823 Anm. 10; Soergel-Siebert-Baur, vor § 903 Anm. 64; Wolff, VerwR I, § 61 I c; wohl auch Esser, § 59 Nr. 5.

6) Enn.-Lehmann, § 229 V; Meisner-Stern-Hodes, § 43 D III 2, S. 782 ff, 791 ff.

7) Janssen, S. 86 Fußn. 347; Scheuner in Reinhardt-Scheuner, S. 107. Früher auch Schack, Gutachten S. 26. Anders jetzt ders., JuS 63, 266; BB 65, 341 f mit Fußn. 18.

b) Die öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche

Im Gegensatz zum privatrechtlichen Aufopferungsanspruch, bei dem Rechtsprechung und Literatur die Versagung der Abwehrklage zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches erheben, soll der Aufopferungsanspruch des öffentlichen Rechts einen Ausgleich dort gewähren, wo dem einzelnen oder einer Gruppe von Staatsbürgern durch einen Eingriff von hoher Hand unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ein den übrigen nicht zugemutetes Opfer auferlegt wird¹⁾. Dieser Anspruch wird unmittelbar aus den kraft Gewohnheitsrecht weiter geltenden §§ 74, 75 EinlALR abgeleitet²⁾ oder als Ausdruck eines der gegenwärtigen Verfassungsordnung innewohnenden Prinzips bezeichnet³⁾.

Von den übrigen Entschädigungsleistungen des öffentlichen Rechts, der Enteignungsentschädigung des Art. 14 Abs. 3 GG und der hieraus entwickelten Entschädigung wegen enteignungs-gleichen Eingriffs bei rechtswidrig-schuldlosem oder -schuldhaftem Tätigwerden der öffentlichen Gewalt, unterscheidet sich der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch im wesentlichen nur durch das Objekt des Eingriffs. Während diese Ansprüche einen Ausgleich für Einbußen vermögenswerter Rechte gewähren, bleibt der eigentliche Aufopferungsanspruch auf die Entschädigung von Eingriffen in nichtvermögenswerte Rechte beschränkt⁴⁾. Die Entschädigungsleistung geht in allen Fällen nicht auf vollen Ersatz im Sinne der §§ 249 ff BGB, sondern nur auf angemessenen Ausgleich⁵⁾. Diese Grund-

1) Vgl. BGHZ 13, 88; 16, 366; BGH NJW 1957, 857; 30, 123; 31, 1.

2) Vgl. BGHZ 6, 270; 9, 83; 11, 248; 13, 88.

3) So insbesondere Schack, Gutachten S. 36 ff; Janssen, S. 28 ff.

4) BGHZ 13, 99; BGH NJW 57, 857; BGHZ 30, 123; 31, 1. Anderer Ansicht: Janssen, S. 90. Allgemein zur Kritik der Rechtsprechung des BGH: vgl. Riedel, S. 11 ff; Horst, S. 5 ff, jeweils m. w. Nachw..

5) Vgl. BGHZ 9, 209; 14, 363. Hierzu Schack, BB 1959, 1259 ff.

sätze sind zwar nicht unstreitig, können aber - insbesondere in der Rechtsprechung - als herrschend bezeichnet werden¹⁾.

c) Die Rechtsnatur des nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruchs

Es könnte zweifelhaft sein, ob der von der Rechtsprechung wegen Entzuges der actio negatoria gewährte Entschädigungsanspruch den Regeln der öffentlich-rechtlichen Entschädigungsleistungen zu unterstellen ist oder ob er nicht doch - wie bisher - als besondere bürgerlich-rechtliche Entschädigung aufgefaßt werden muß. Ein hoheitlicher Eingriff im Interesse der Allgemeinheit zu Lasten des betroffenen Grundstückseigentümers könnte immerhin darin liegen, daß sich dieser gegen die störenden Einwirkungen nicht mit der Abwehrklage des § 1004 BGB wehren kann. Eine ausdrückliche Vorschrift, die ihm dies verböte, gibt es zwar nicht; jedoch leitet die Rechtsprechung die Entziehung der Abwehrrechte aus den wichtigen Interessen der Allgemeinheit ab und führt dies auf einen im geltenden Recht enthaltenen Grundsatz zurück, der besagt, daß sich der einzelne gegenüber solchen Einwirkungen nicht zur Wehr setzen dürfe, die aus Unternehmungen stammen, die der Allgemeinheit zu Gute kommen. Sie hat damit eine im gesetzten Recht enthaltene Gerechtigkeitsidee für einen durch das Gesetz selbst nicht geregelten Lebenssachverhalt konkretisiert. Diese gleichsam nur gedachte und in ständiger Rechtsprechung entwickelte Rechtsregel könnte der staatliche Eingriff sein.

Die Überlegung, daß der Entzug der Abwehrklage als ein staatlicher Eingriff im Sinne der öffentlich-rechtlichen Entschädigungsleistungen anzusehen sei, erscheint erst recht bei der Vorschrift des § 26 GewO nahezuliegen. Hier werden die Ein-

1) Gegen die Rechtsprechung: Schack, JZ 56, 425; Janssen, S. 133, 166, 205. Eingehend dazu Riedel, S. 17 ff; Luhmann, S. 131 ff.

wirkungsbefugnisse des Konzessionsinhabers zusätzlich von einem weiteren staatlichen Handeln, der Genehmigung nach § 16 GewO, abhängig gemacht.

Es hat daher auch nicht an Versuchen gefehlt, diese Fälle unter die öffentlich-rechtlichen Entschädigungsleistungen einzureihen. So werden sie manchmal auf die Aufopferung des öffentlichen Rechts zurückgeführt¹⁾ oder dem Institut einer besonderen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung unterstellt²⁾. Das OLG Celle³⁾ behandelt Beeinträchtigungen der Straßenanlieger aus dem öffentlichen Straßenverkehr oder von Baumaßnahmen auf öffentlichen Grundstücken gar als enteignend wirkende Eingriffe der öffentlichen Hand und gewährt Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen.

Nach Forsthoff⁴⁾ begründet die Gefährdungshaftung als selbstständiges Rechtsinstitut eine Einstandspflicht des Staates für eine außergewöhnliche individuelle Gefahrenlage, die den

1) So Janssen, S. 86 u. Fußn. 347, 350; Scheuner, DÖV 55, 545 (547); ders., Reinhardt-Scheuner, S. 104 f. - Auch das RG hat nicht immer genau zwischen beiden Arten des Aufopferungsanspruchs geschieden, vgl. Kreft, DÖV 55, 518. So hat es seine Entscheidungen zunächst auf privatrechtliche Normen (§§ 904 BGB, 26 GewO) gestützt, in seiner Entscheidung vom 8.4.25 (JW 25, 2446) aber auch § 75 EinlALR herangezogen, mit der Folge, daß es in den späteren Urteilen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen, wegen Entzuges der Abwehrklage gewährten Aufopferungsanspruch miteinander vermischte, vgl. Katzenstein, S. 77 ff; Schack, BB 65, 342 I.Sp.

2) Vgl. Schack, Gutachten, S. 15, 26 Anm. 97; JR 58, 208; DÖV 61, 729 ff. Ablehnend gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung: Stödter, S. 47 ff; Katzenstein, S. 26 ff; Lerche, JuS 61, 239; Jaenicke und Leisner, VVDStRL Heft 20, 135 ff, 185 ff; vgl. auch Riedel, S. 107 ff. Für eine anscheinend aber privatrechtliche - Gefährdungshaftung: Meisner-Stern-Hodes, § 43 D III 2, S. 782 ff; Glaser-Dröschel, S. 167.

3) NdsRpfl. 1963, 251; 65, 85. Grundsätzlich gebilligt vom BGH, NJW 67, 1857. Ähnlich Palandt-Degenhart, § 906 Anm. 5 b cc; Palandt-Gramm, vor § 823 Anm. 4.

4) VerwR, § 18, 1, S. 332 ff.

einzelnen unbeabsichtigt und zufällig trifft und der er sich nicht entziehen kann. Er reiht in diese Haftungsart die Haftung des Eisenbahnunternehmers für Funkenflug ein¹⁾, also einen typischen Immissionsfall. Ähnlich wollte früher Schack²⁾ die Immissionsfälle allgemein nach den Regeln der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung behandelt wissen, in der er freilich im Unterschied zu Forsthoff keinen selbständigen Haftungsgrund, sondern einen speziellen Unterfall des öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs sieht³⁾. Dazu rechnete er auch den vom Reichsgericht entwickelten Entschädigungsanspruch wegen Entzuges der Abwehrklage. Er räumte zwar ein, daß in diesen Fällen nicht der Staat die schädigende Handlung begehe, meinte aber, daß wegen der im öffentlichen Interesse auferlegten Duldungspflichten eine Gefahrenlage angenommen werden müsse, welche Entschädigungsansprüche nach öffentlichem Recht auslöse⁴⁾.

aa) Der Widerstreit zwischen privaten und öffentlichen Interessen im Bereich des nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruchs

Der zuletzt genannten Ansicht Schacks, durch den gesetzlichen Entzug negatorischer Befugnisse werde eine Gefahrenlage geschaffen, die zu unbeabsichtigten und ungewollten

1) Forsthoff, aaO S. 333.

Wie die durch den Eisenbahnbetrieb verursachten nachbarlichen Schäden (durch Funkenflug, Rauch und Ruß) zu behandeln sind, ist umstritten. Nach BGHZ 20, 85 soll die Ersatzpflicht aus § 1 HaftpflichtGes. vom 29.4.1940 (RGBl. I S. 691) folgen; zust. Forsthoff, S. 333 Fußn. 1. Dagegen hat das RG einen Ersatzanspruch wegen Entzuges der actio negatoria zugebilligt (RGZ 17, 103; 58, 130; 70, 150). Das dürfte auch richtig sein. Ebenso Schack, BB 65, 344 Fußn. 63; ders., NJW 65, 1702.

2) Gutachten, S. 15, 26 Anm. 97; JR 58, 208.

3) Gutachten, S. 26; DÖV 61, 729 ff.

4) So auch noch Schack, JuS 63, 266. Schack hat seine Ansicht inzwischen teilweise aufgegeben, vgl. BB 65, 342 Fußn. 18.

Schädigungen Dritter führen, kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil die Vorzugsstellung des Einwirkungsberechtigten auch um den Preis nachteiliger Auswirkungen auf andere aufrechterhalten werden soll. Die Ausübung der Privilegien, der Betrieb der konzessionierten Anlage, die Vornahme der lebenswichtigen Aufgaben, ist - zumindest im Immissionsbereich - wegen der tatsächlichen Durchlässigkeit der Eigentumsgrenzen ohne Beeinträchtigung anderer nicht möglich. Die schädlichen Folgen sind also mitgewollt, zumindest billigend in Kauf genommen, und werden dennoch von der Rechtsordnung gebilligt. Der betroffene Eigentümer wird daher nicht Opfer eines "Betriebsunfalls", so daß sich allenfalls von einem enteignungsähnlichen Tatbestand sprechen läßt¹⁾.

Aber auch der Ausgangspunkt der anderen Ansichten begegnet Bedenken. Ihnen liegt letztlich der Gedanke zu Grunde, der Staat habe durch die Versagung der Abwehrklage eine Schadensursache gesetzt, für die er einstehen müsse.

Die dem Grundeigentümer auferlegten Duldungspflichten gegenüber Einwirkungen aus konzessionierten oder sog. lebenswichtigen Betrieben sollen dazu dienen, den Vorrang als höherwertig erkannter Interessen bei Kollisionen mit anderen Interessen zu sichern. Die Normen oder Rechtsgrundsätze, die die Abwehrinteressen des Grundstückseigentümers niedriger bewerten, schränken zwar die Eigentumsfreiheitsrechte des von möglichen Einwirkungen Betroffenen unmittelbar ein; denn sie ermöglichen den schädlichen Übergriff in die Eigentums-sphäre, sobald die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen, nämlich die Errichtung und der Betrieb jener Unternehmungen, und sie erweisen sich schon um deswillen als eine latente Beeinträchtigung des Eigentums oder des Besitzrechtes des Nachbarn. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß die Beeinträchtigung des Nachbarn, sofern sie nun wirklich

1) H. Schulte, Diss., S. 46.

eintritt, ursächlich durch die begünstigende Norm herbeigeführt und ermöglicht wird. Jedoch wäre bei diesem Ansatzpunkt jede gesetzliche Vorschrift, die durch Interessenbewertung Kollisionen zu regeln sucht und hierbei eines der kollidierenden Interessen begünstigt, ein öffentlich-rechtliche Entschädigungspflichten auslösender Eingriff der Staatsgewalt. Schließlich wurzelt auch die Gesetzgebung in den hoheitlichen Befugnissen des Staates. Die Ursächlichkeit einer Norm für notwendige Folgen eines bestimmten Handelns, das sie für rechtmäßig erklärt, kann daher kein geeignetes Kriterium dafür sein, ob die gleichzeitig angeordnete Entschädigungspflicht privat oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Dann wären nämlich auch andere Vorschriften, z.B. §§ 904 BGB, 912, 917 BGB Enteignungsnormen, und die dort angeordneten Entschädigungspflichten öffentlich-rechtlicher Natur. Als Eingriffe der Staatsgewalt in die rechtlich geschützte Sphäre des Bürgers können vielmehr nur solche Akte der öffentlichen Gewalt gewertet werden, die sich in der Form eines Befehls zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen bewußt und gewollt gegen einen Gewaltunterworfenen wenden oder ihn unmittelbar als Folge staatlichen Handelns - sei es auch unbeabsichtigt - treffen. So hat die Rechtsprechung bisher stets an dem Erfordernis eines Eingriffs, d.h. eines unmittelbar gegen den Geschädigten gerichteten hoheitlichen Handelns, als Voraussetzung eines öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruchs festgehalten¹⁾.

Eine gesetzliche Maßnahme, durch welche die privaten Abwehrbefugnisse aus dem Eigentum und dem Besitz entzogen werden, weil öffentliche Belange eine Vorzugsstellung eines der beteiligten Interessenträgers erfordern, kann daher nicht

1) Vgl. BGHZ 6, 270; 9, 400; 22, 8; 23, 32; 32, 346; BVerwGE 5, 145; 11, 75; 15, 1. Vgl. auch BK Art. 14 Anm. 49, 102 ff.

als ein staatlicher Eingriff gewertet werden. Das gilt jedenfalls so lange, als die aus der Bevorzugung resultierenden Folgen durch einen Ersatzanspruch ausgeglichen werden und die Regelung insgesamt nicht als legislatives Unrecht erscheint. Derartige Eingriffsbefugnisse mit Entschädigungspflichten sind vielmehr stets Inhaltsbestimmungen des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG¹⁾; die Ersatzpflichten selbst sind dem privaten Recht zuzuordnen. Jedoch könnten die Beeinträchtigungen selbst, also die Zuführungen schädlicher Stoffe, Anknüpfungspunkt einer staatlichen Haftung nach den Grundsätzen der öffentlich-rechtlichen Entschädigungsleistungen werden, soweit der Staat selbst oder rechtlich verselbständigte Unternehmungen, die in den Formen des öffentlichen Rechts betrieben werden, hoheitlich oder schlicht-hoheitlich tätig werden. Bei diesem Sachverhalt sind jedoch zwei Bereiche des staatlichen Handelns voneinander zu trennen; einmal erfüllt eine einzelne staatliche Behörde oder eine vom Staat formell unterschiedene juristische Person des öffentlichen Rechts hoheitliche oder schlicht-hoheitliche Aufgaben im Rahmen der staatlichen Ämterverteilung; in staatlichen Heilanstalten werden kranke

1) So mit Recht Kleindienst, S. 45; H.Schulte, Diss., S.35 ff, 89 ff. Dagegen liegt eine Enteignung dann vor, wenn sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Kollisionsregelung vergreift und hierdurch das Eigentum als von der Verfassung geschütztes Rechtsinstitut aushöhlt oder den Wesensgehalt dieses Grundrechts antastet. Vgl. v.-Mangoldt-Klein, Art. 14 Anm. V 1 b; BGH MDR 67, 742. Daher dürften die Gesetze über die "Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksernährung" oder "für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind" (v. 13.12.1933 - RGBl. I 1058; v. 18.10.1935 - RGBl. I 1247) insofern gegen Art. 14 Abs.1 Satz 1 GG verstoßen, als sie die Entschädigung der betroffenen Grundstückseigentümer ausschließen. So mit Recht RGRK, § 906 Anm. 13, 26 b; Schack, BB 65, 344 Fußn. 61; Westermann, § 63 II 4 c.

Menschen gepflegt, auf staatlichem Kasernengelände Soldaten für die Landesverteidigung ausgebildet, in Postgebäuden Postsendungen verteilt und sortiert. Hier werden mit Hilfe der öffentlichen Bediensteten Aufgaben wahrgenommen, die sich als Summe einzelner interner Handlungen und Betätigungen darstellen und daher vornehmlich - so könnte man sagen - nach innen gerichtet sind.

Daneben "handelt" der Staat, indem er seine eigenen Grundstücke wie jeder andere Grundstückseigentümer nutzt. Zur Unterscheidung könnte man hier davon sprechen, daß er innerhalb dieses Bereiches wegen der natürlichen Kollisionsmöglichkeiten mit seinen Nachbarn "nach außen" tätig wird. Die "Begehrensvorstellungen" des Staates als Grundstückseigentümer sind ebenso wie diejenigen seiner Nachbarn nur darauf gerichtet, das Grundstück möglichst günstig auszunutzen. Eine andere Willensrichtung kann er in Bezug auf sein Grundstückseigentum nicht haben, insbesondere sind nicht die "öffentlichen Interessen", die er im Rahmen der Verteilung des staatlichen Ämterwesens wahrzunehmen hat, mit diesen seinen Begehrensvorstellungen identisch. Vielmehr ist es umgekehrt: er begehrt eine intensive Benutzung, damit er die öffentlichen Belange wahrnehmen kann; die ihm hierbei übertragenen Aufgaben sind also lediglich sein Motiv.

Kollisionen im nachbarlichen Raum entstehen, weil die Begehrensvorstellungen (Interessen) verschiedener Berechtigter aufeinander stoßen, die ihren Teil des gesamten Raumes ausnutzen wollen.

Dieser nachbarliche Interessenwiderstreit ändert sich nicht dadurch, daß der Staat als Eigentümer eines Grundstücks auftritt. Auch er steht im Bereich des privaten Eigentums und nimmt daher an der nachbarlichen Gemeinschaft als grundsätzlich nur gleichberechtigter und gleichverpflichteter Partner teil¹⁾. Das privatrechtliche nachbarliche Gemeinschaftsver-

¹⁾ Vgl. RGZ 159, 129 (131); im Ergebnis ebenso BGH LM § 906 Nr. 17 (Einwirkungen aus Klubkasino der Streitkräfte); Westermann, § 63 II 4 b; Schneider, MDR 65, 441.

hältnis kann nicht deshalb in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis umgedeutet werden, weil der Staat sein privates Eigentum zur Erfüllung hoheitlicher oder schlicht-hoheitlicher Aufgaben heranzieht. Der Zweck, den er mit seiner Nutzung verfolgt, ist lediglich ein Bewertungsfaktor, der zum entscheidenden Wertmaßstab bei der Abgrenzung und Abwägung der verschiedenen Begehrensvorstellungen erhoben ist. Der öffentlichen Belange wegen verdient der Staat eine Vorzugsstellung, die gesetzestechnisch dadurch verwirklicht wird, daß den Grundeigentümern die negatorischen Befugnisse entzogen werden. Sofern es um Interessengegensätze im nachbarlichen Raum geht, ist nicht das "nach innen" gerichtete Handeln des Staates entscheidend, sondern der Umstand, daß er wie jeder andere privates Grundstückseigentum nutzt. Die Gegensätze zu anderen Eigentümern sind nach privatem Recht zu lösen; folglich können auch nicht normale Immissionen zu staatlichen Eingriffen werden. Der Entschädigungsanspruch, durch den Folgen solcher, d.h. öffentlichen Belangen dienender Nutzungen ausgeglichen werden sollen, ist angeordnet, weil eine Konfliktslösung den Betroffenen ungleich trifft, ihm also eine besondere Duldungspflicht auferlegt.

Dieser Grundsatz gilt für solche Fälle, in denen der Staat bei Wahrnehmung hoheitlicher und schlicht-hoheitlicher Aufgaben Zuführungsschäden hervorruft¹⁾; der Gewehrknall oder Geschützdonner auf Truppenübungsplätzen und der Gesang von Soldaten auf dem Kasernengelände können wegen des überwiegenden Interesses der Allgemeinheit an der Ausbildung der Soldaten nicht verboten werden. Als Ersatz für die auferlegten Duldungspflichten ist der privatrechtliche Aufopferungsanspruch geschaffen worden. Jedenfalls kann eine in Richtung auf öffentlich-rechtliche Entschädigungspflichten hin tendierende Auffassung schwerlich allein mit dem Satz gerechtfertigt werden, der Staat sei bei obrigkeitlicher Machtentfaltung im ganzen, mit Einschluß der Entschädigungspflicht,

1) So auch BGH LM § 906 Nr. 17; Kleindienst, S. 45; Schneider, MDR 65, 439 ff; Stödter, S. 7, 9 ff.

den Regeln des öffentlichen Rechts unterworfen¹⁾. Gegenüber den Grundstücksnachbarn entfaltet der Staat keine Macht, sondern nutzt nur sein Eigentum, auch wenn er - im Gegensatz zu privaten Personen - hierzu keiner Erlaubnis bedarf. Allenfalls irreguläre Folgen solchen hoheitlichen Handelns, etwa vom Gelände eines Truppenübungsplatzes abirrende Geschosßkugeln, können nach den Grundsätzen der öffentlich-rechtlichen Entschädigungsleistungen behandelt werden, nicht jedoch solche aus normaler Grundstücksnutzung. Außerdem ist das private Nachbarrecht schon wegen seiner Elastizität besser geeignet, den Belangen aller Beteiligten Rechnung zu tragen, als das starrere Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche²⁾.

Neuerdings will der Bundesgerichtshof³⁾ Einwirkungen von staatseigenen Grundstücken (Staubeinwirkungen aus dem Autobahnbau) dann nach Enteignungsgrundsätzen behandeln, wenn die zuständige Behörde in so weitgehendem Maße Einfluß auf die Durchführung der von privaten Baufirmen vorgenommenen Arbeiten ausübe, daß diese gleichsam lediglich als Werkzeuge bei der Ausübung hoheitlicher Aufgaben angesehen werden müßten. Wenn die Behörde, was anzunehmen ist, hierbei ihre Aufsichtspflichten erfüllt, so sind die Schäden - auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht - rechtmäßig herbeigeführt. Dann ist aber nicht einzusehen, warum eine reine Organisationsregelung Bedeutung für das zwischen Staat und Nachbarn bestehende Verhältnis haben soll; denn auch wenn ausschließlich der Unternehmer die Bauleitung hat, erfüllt der Staat durch den Autobahnbau eigene schlicht-hoheitliche Aufgaben. Keinesfalls wird hierdurch die "Durchführung auf die Ebene des Privatrechts" - wie der BGH annimmt - verlegt. Eine Ent-

1) Schack, BB 65, 342 r.Sp.

2) Daher wohl auch der Versuch des OLG Celle, NdsRpfl. 63, 251; 65, 85, auf den Enteignungsentschädigungsanspruch § 906 BGB entsprechend anzuwenden. Ablehnend Schneider, MDR 65, 441.

3) NJW 67, 1857 ff.

eignung ist nur dann zu begründen, wenn man nicht auf den sachlichen Kern der Immissionsfälle, das Beieinanderliegen der Grundstücke mit der Folge zahlreicher Konfliktmöglichkeiten, abstellt, sondern betont, daß der Staat aktiv - sei es durch eigene Kräfte oder vertraglich gebundene private Unternehmungen - handelt, weil er öffentliche Aufgaben erfüllen will. Dann wird aber der Staat ohne sachlichen Grund aus der nachbarlichen Gemeinschaft herausgehoben. Für eine solche Sonderstellung des Staates sprechen jedoch weder praktische noch dogmatische Erwägungen.

bb) Sonderfälle: Private Betätigungen kraft öffentlich-rechtlicher Gestattung

Zweifel an dieser Auffassung können sich jedoch ergeben, wenn auf staatlichen Grundstücken Betätigungen ausgeübt werden, die selbst zwar nicht hoheitlicher Natur sind, die aber durch hoheitliche Akte gestattet worden sind, so z.B. die Zulassung des öffentlichen Straßenverkehrs auf bestimmten Grundstücken durch die Widmung oder das Abhalten einer Jahrmärktsveranstaltung auf einem öffentlichen Platz. Während das Reichsgericht Interessenkollisionen aus solcher Betätigung noch unbedenklich nach privatem Recht beurteilen konnte¹⁾, hat sich in neuerer Zeit eine andere Auffassung durchgesetzt: wegen der Generalklausel des § 40 VwGO muß der Rechtsschutz vor Immissionen, die bei einer im öffentlichen Interesse erfolgten Ausnutzung eines Grundstücks verursacht werden, vor den Verwaltungsgerichten gesucht werden, wenn die Bestimmung über die Nutzung des Grundstücks in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt ist und die Vollstreckung des dem Klageantrag stattgebenden Urteils zur Aufhebung oder Änderung einer hoheitlichen Maßnahme führen würde²⁾. Diese

1) Vgl. RGZ 159, 129 ff.

2) BGHZ 5, 76 (81); 41, 264.

Betrachtungsweise ist geboten, weil im Falle einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsbestimmung die privaten Rechte, nämlich Eigentum und Besitz des Staates, von der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung überlagert werden und der Hoheitsträger gegenüber den Benutzern, also den Verkehrsteilnehmern oder Standplatzinhabern, im Wege der administrativen Anordnung oder des Zwanges tätig werden müßte¹⁾.

Im Verhältnis zum Nachbarn, der sich durch öffentlich-rechtlich gestattete Betätigungen, die von Privatpersonen auf staatseigenen Grundstücken vorgenommen werden, beeinträchtigt fühlt, bleibt auch der Staat Grundstückseigentümer, und das Verhältnis selbst ist privatrechtlicher Natur²⁾. Demnach ist auch der Ersatzanspruch des Nachbarn als nachbarrechtlicher Aufopferungsanspruch anzusehen. Der Ansicht, daß durch Straßenverkehr entstandene Erschütterungsschäden an Gebäuden als enteignend wirkende Eingriffe anzusehen seien³⁾, kann daher nicht gefolgt werden. Denn hierbei wird übersehen, daß es bei Kollisionen im Nachbarraum nicht um das Handeln des Staates im Rahmen der öffentlichen Ämterverteilung geht, hier Eröffnung des Straßenverkehrs zur Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses der Öffentlichkeit, sondern um den anderen Bereich eines Handelns, den der Ausnutzung des Grundeigentums⁴⁾.

1) Vgl. BGHZ 41, 264, hierzu Ule/Fittschen, JZ 65, 315 m. abl. Anm.

2) Vgl. RGZ 159, 131; Westermann, § 63 II 4 b. Wohl auch BGHZ 41, 266 f.

3) OLG Celle NdsRpfl. 63, 251.

4) Dagegen mit Recht auch Schneider, MDR 65, 441.

3.) Die Bedeutung der gewerbeaufsichtsrechtlichen Genehmigung nach § 16 GewO

Wenn auch die Entziehung negatorischer Befugnisse nicht als hoheitlicher Eingriff in die rechtlich geschützte Sphäre des Eigentümers anzusehen ist, jedenfalls soweit deren Folgen durch eine Entschädigungsleistung wieder ausgeglichen werden, so könnte sich doch die Konzession nach § 16 GewO als ein solcher Eingriff darstellen; denn hier scheint schon ein staatliches Handeln erweiterte Duldungspflichten der Nachbarn zu begründen.

§ 16 GewO unterstellt bestimmte Betriebe und Anlagen einer vorhergehenden verwaltungsmäßigen Kontrolle. Die Gewerbeaufsichtsbehörde wird dabei einmal innerhalb des staatlichen Ämterwesens auf dem ihr zugewiesenen Bereich der Gefahrenabwehr tätig. Zum anderen hat sie auch, wie § 16 Abs. 1 Satz 1 GewO ausdrücklich bestimmt, auf den Schutz der "Besitzer und Bewohner der benachbarten Grundstücke"¹⁾ zu achten. Die Genehmigung wird selbst in aller Regel nicht feststellen, daß für das Publikum von der genehmigten Anlage keinerlei Gefahren oder Beeinträchtigungen ausgehen. Wäre die Verwaltungsbehörde nämlich gehalten, eine beantragte Konzession nur bei Ausschluß jeglicher Gefahren oder Belästigungen zu erteilen, könnten manche Betriebsstätten überhaupt nicht zugelassen werden. Außerdem hat auch der Antragsteller ein berechtigtes, durch die Art. 12 und 14 GG geschütztes Interesse, auf seinem Grundstück eine solche Anlage errichten zu dürfen. Die Verwaltungsbehörde hat daher bereits im Genehmigungsverfahren eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei freilich der Raum für eine solche Abwägung angesichts des strikten Rechtsanspruchs bei Fehlen irgendwelcher Versagungsgründe recht eng sein dürfte²⁾.

1) Vgl. hierzu BVerwG DÖV 67, 857.

2) Die Genehmigung des § 16 GewO ist eine gebundene Erlaubnis; vgl. BVerwG DÖV 67, 857.

Wegen dieser Abwägung könnte man auf eine bereits von der Verwaltungsbehörde getroffene Kollisionsentscheidung schließen; die Konzession selbst wäre so etwa die staatliche Feststellung eines höherwertigen Interesses des Gewerbebetreibenden¹⁾ und zugleich die Grundlage seiner Eingriffsbefugnisse²⁾.

Jedoch gibt § 16 GewO zunächst lediglich eine Ermächtigung der Gewerbeaufsichtsbehörde, die nur gegenüber dem künftigen Betriebsinhaber und Antragsteller besteht. Dagegen ist der Nachbar ihr nicht unterworfen. Zudem wäre es mit heutigen rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar, wenn allein die Konzessionierung zu Lasten der betroffenen Nachbarn Einwirkungsbefugnisse schaffen könnte, obwohl eine Ermächtigung der Behörde in dieser Richtung nach Sinn und Zweck des § 16 GewO nicht besteht. Überdies wäre § 26 GewO gänzlich überflüssig.

Vielmehr schließt erst diese Vorschrift die negatorischen Befugnisse der Grundstückseigentümer aus, greift freilich dabei auf die Konzessionierung zurück. Aber nicht der Umstand, daß sich eine Verwaltungsbehörde bereits früher mit den möglicherweise durch den Betrieb später verbundenen Beeinträchtigungen beschäftigt hat, ist der Grund der Vorzugsstellung des Betriebsinhabers, sondern sein schutzwürdiges Vertrauen auf die einmal erfolgte Genehmigung, die ihn veranlaßt hat, Kapital und Arbeit in das Projekt zu verwenden³⁾. Die Konzessionierung "gestaltet keine privatrechtlichen Verhältnisse mit"⁴⁾, sondern ist lediglich der Bewer-

1) So Hubmann, JZ 58, 490.

2) Ähnlich hat früher das RG die Konzessionierung von Eisenbahn und Kleinbahnunternehmungen als Grund des Ausschlusses der Abwehrrechte angenommen und hierin einen der Ent-eignung vergleichbaren Eingriff gesehen. Vgl. RG Gruchot, 27, 907 (911); RGZ 7, 265 (267); RG JW 05, 131; 10, 581; RG Warn 1910 Nr. 447; RGZ 97, 290 (292).

3) Vgl. Baur. § 25 IV e aa; Kleindienst, S. 45; Landmann-Rohmer, § 26 RdNr. 17; Westermann, Eranion für Maridakis, S. 664.

4) So aber Landmann-Rohmer, § 26 RdNr. 3; Fuhr, § 26 Anm.1; wohl auch BVerwG DÖV 67, 857 f.

tungsfaktor, dem das Gesetz bei der Regelung des Interessenwiderstreits den Ausschlag gibt und aus dem es den Wertmaßstab ableitet: das Vertrauen des Betriebsinhabers und der Schutz des investierten Kapitals wiegen höher als die Abwehrinteressen des Nachbarn. Nicht die Konzession, sondern eine zusätzliche Norm, eben § 26 GewO, schafft die Einwirkungsbefugnisse. Das gesamte Rechtsverhältnis ist privatrechtlicher Natur, weil private Rechte wie Eigentum und Besitz eingeschränkt werden¹⁾. Daher ist auch der Entschädigungsanspruch als privatrechtliche Ersatzleistung anzusehen.

IV. Das Verhältnis von Bergwerkseigentum und Grundeigentum als Interessenwiderstreit zwischen Raumnutzungsrechten

1.) Die Einwirkungen aus bergbaulichen Anlagen

Bergwerksbetriebe mit ihren Neben- und Weiterverarbeitungsanlagen sind weitere Störquellen im nachbarlichen Raum. Wie zahlreich und vielgestaltig solche Einwirkungen sein können, mögen die folgenden Beispiele zeigen.

Ein Bergwerksunternehmen nimmt Tiefbohrungen vor, um die Abbauwürdigkeit eines Mineralvorkommens zu erkunden, es bringt einen Wetterschacht nieder oder stellt einen Lüfter auf²⁾ - es entstehen Bodenerschütterungen und Lärmbelästigungen auf den angrenzenden Grundstücken. Aus einem Tagebau dringen Flugsand und Abraumstaub auf umliegende landwirtschaftliche Grundstücke³⁾. In Brand geratene Halden verströmen Wärme und senden Gerüche aus; der Staub von Abraum oder

1) Vgl. auch H. Schulte, Diss., S. 50 f.

2) Beispiele nach Schumacher, Glückauf 1962, 1156.

3) Ein Sachverhalt, mit dem sich das KG ZfB 79, 571 zu beschäftigen hatte.

Kohlenhalden, Rauch und Ruß von bergwerkseigenen Lokomotiven belästigen die Nachbarschaft. Ebenso alltäglich sind Immissionen, die aus Aufbereitungsanstalten oder Weiterverarbeitungsanlagen stammen, die dem Bergwerksbetrieb angeschlossen sind.

Der Bergbautreibende kann einen Teil dieser Einwirkungen nicht verhindern, ohne daß er seine Tätigkeit einstellen müßte. Das gilt insbesondere für den Untertagebergbau. Beeinträchtigungen des Oberflächeneigentums durch Erschütterungen, Bodensenkungen, Bodenrisse oder Grundwasserentzug sind auch bei größtmöglicher Sorgfalt und Beachtung aller Sicherheitsmaßnahmen nicht vermeidbar. Desgleichen lassen sich Einwirkungen auf das Oberflächeneigentum durch solche Maßnahmen nicht ausschließen, die die Mineralgewinnung vorbereiten (z.B. Tiefbohrungen zur Erkundung der Abbauwürdigkeit der Vorkommen, Niederbringen eines Wetterschachtes, Aufstellen eines Lüfters).

Die Mineralgewinnung, etwa der Steinkohle, bleibt auch trotz der Einschränkungen der jährlichen Förderung volkswirtschaftlich höchst bedeutsam und wird es auch bleiben. Es geht daher nicht an, daß der Bergbautreibende durch den Grundeigentümer gezwungen werden kann, den Mineralabbau einzustellen oder zu beschränken. Der Bergbau muß daher vor Unterlassungsklagen Dritter geschützt werden. Diesen Schutz gewährt § 54 des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 (ABG). Danach hat der Bergwerkseigentümer die ausschließliche Befugnis, das in der Verleihungsurkunde benannte Mineral in seinem Felde aufzusuchen und zu gewinnen sowie alle hierzu erforderlichen Vorrichtungen unter und über Tage zu treffen.

Es ist anerkannt¹⁾, daß dem Grundeigentümer ein Verbotungsrecht insofern nicht zusteht, als die Beeinträchtigungen

1) Vgl. Westhoff, S. 193 ff; Isay, ABG, § 135 Vorbem. 2; H. Isay, ZfB 58, 91 ff m. w. N.; Heinemann, Ziff. 1; Lantzke, ZfB 101, 79; BGHZ 27, 149 (155, 157).

des Grundstückseigentums aus Tätigkeiten der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien herrühren. Die in § 54 ABG normierte Befugnis des Bergwerkseigentümers bewirkt so - als ihre Kehrseite - eine weitgehende Duldungspflicht des Oberflächen-eigentümers.

Dagegen sind Einwirkungen, die von auf dem Bergwerksgelände eingesetzten Lokomotiven oder von Aufbereitungs- oder Weiterverarbeitungsanlagen ausgehen, fast - so möchte man sagen - normaler Art, insofern nämlich, als sie nicht mit dem Betrieb gerade eines Bergwerksunternehmens zusammenhängen müssen. Sie lassen sich durch technische Einrichtungen zumindest bis zu einem bestimmten Grade vermeiden, und es wäre nicht einzusehen, warum der Betriebsinhaber weitergehend als etwa der Inhaber einer nach § 16 GewO genehmigten Anlage geschützt werden sollte¹⁾.

Eine Duldungspflicht des Grundeigentümers gegenüber Beeinträchtigungen aus Aufbereitungsanstalten setzt § 58 ABG fest. Hiernach steht dem Bergwerkseigentümer die Befugnis zu, die zur Aufbereitung seiner Bergwerkserzeugnisse erforderlichen Anlagen zu errichten und zu betreiben. Daraus wird nach heute überwiegender Meinung²⁾ eine Duldungspflicht des Grundeigentümers gegenüber Einwirkungen aus solchen Aufbereitungsanstalten abgeleitet, die bis zur Entziehung jeglichen Untersagungsrechts geht.

Die Einwirkungsrechte des Bergbautreibenden sind, wie die §§ 54, 58 ABG ausdrücklich bestimmen, aus dem Bergwerks-

1) Soweit der Bergwerkseigentümer als Eigentümer des oberirdischen Zechengeländes auftritt, ist eine Sonderstellung nicht erforderlich, sondern allgemeines Recht anzuwenden, z.B.: Betrieb einer Kantine, eines Solbades; vgl. auch Lantzke, ZfB 101, 78.

2) RGZ 139, 33; 154, 166; Boldt, § 148 Anm. 1 c; Ebel-Weller, § 148 Anm. 4 b; Heinemann, Ziff. 18; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 2 b 3. A.A. heute nur noch Meisner-Stern-Hodes, § 44 II 5, S. 805 Anm. 27.

eigentum abgeleitet; denn nur der Bergwerkseigentümer darf bestimmte Mineralien aufsuchen und gewinnen, die hierzu erforderlichen Vorrichtungen treffen und Aufbereitungsanstalten errichten.

Das Bergwerkseigentum wird durch den Staatshoheitsakt der Verleihung¹⁾, der Ausfluß der staatlichen Berghoheit ist²⁾, begründet. Mit der Verleihung erwirbt der "Beliehene" bestimmte Befugnisse, die zusammengefaßt als Bergwerkseigentum gekennzeichnet werden. Das Bergwerkseigentum ist daher nach herrschender Ansicht der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zwecke der bergmännischen Produktion dienen³⁾. Seinen Kern bildet das Recht auf Aneignung der verliehenen Mineralien⁴⁾. Es handelt sich bei ihm also nicht um Sacheigentum⁵⁾. Unstreitig⁶⁾ begründet die Verleihung des Bergwerkseigentums ein privates Recht. Das zeigt auch die Gleichstellung des Bergwerkseigentums mit dem Eigentum an Grundstücken, wie dies § 50 Abs. 3 ABG anordnet⁷⁾.

Da auch die bergbauliche Tätigkeit in allen ihren Formen: Förderung und Aufsuchung der Mineralien, deren Transport

-
- 1) RG ZfB 69, 246; Boldt, Staat und Bergbau, S. 18 f; Ebel-Weller, § 50 Anm. 2 b. Vgl. ferner Vogelsang, Diss., S. 25.
 - 2) Boldt, aaO, S. 18; Turnau, ZfB 18, 295; RG ZfB 69, 246.
 - 3) RG ZfB 48, 119; 56, 403 (411); Arndt, § 50 Anm. 1; Brassert, § 50 Anm. 1; Ebel-Weller, § 54 Anm. 1; BGH ZfB 96, 300. Zum Stand der Meinungen: Vogelsang, Diss., S. 28 ff.
 - 4) Vgl. die in Anm. 3 Genannten; ferner Sehling, S. 62, 65; Müller-Erzbach, S. 120; Boldt, Staat und Bergbau, S. 18; Westermann, Lehrb., § 58 III.
 - 5) Boldt, § 50 Anm. 2; Ebel-Weller, § 50 Anm. 2 a; Isay, § 50 Anm. 2; Müller-Erzbach, S. 120 f; Willecke, § 28 A S. 51; RG ZfB 56, 403; 73, 472.
 - 6) Statt aller: RG ZfB 62, 246; Boldt, § 50 Anm. 2; Ebel-Weller, § 50 Anm. 2 b; Huber II, § 75 II 2.
 - 7) Das ist in erster Linie wohl geschehen, um dem Bergwerkseigentümer die Möglichkeit zu geben, das Bergwerkseigentum belasten zu können. Vgl. Verhandlungen im Landtag, ZfB 6, 310; Motive, ZfB 6, 72 ff; Westermann, ZfB 106, 129 Anm. 26.

und Aufbereitung, im Raum stattfindet, entstehen Interessenkollisionen mit anderen Raumnutzungsberechtigten, vornehmlich den Grundstückseigentümern. Die hierbei auftretenden Konflikte muß das Gesetz an Hand bestimmter Wertmaßstäbe und hieran ausgebildeter Rechtsfolgen lösen.

2.) Die Lösung des Interessenwiderstreits zwischen Bergbau und Grundbesitz durch das ABG

Ein Rückblick auf die bisher erörterten Konfliktregelungen ruft in Erinnerung, daß das Gesetz die Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen - wie in § 906 BGB - oder die Höherwertigkeit eines der Interessen - wie in § 26 GewO - durch die Wertmaßstäbe und die Konfliktlösung zu erkennen gibt. Engere oder gesteigerte Duldungspflichten geben Aufschluß, wie weit die korrespondierenden Einwirkungsbefugnisse der jeweils Beteiligten gehen.

Dagegen ist bei §§ 54, 58 ABG das Verhältnis zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer durch eine positive Fassung des Gesetzeswortlauts gekennzeichnet: die Vorschriften sprechen von Befugnissen des Bergwerkseigentümers. Das ist auch folgerichtig, weil das Bergwerkseigentum als gegenüber dem Sacheigentum neues Rechtsinstitut einer Umschreibung seines Inhaltes bedurfte. Damit ist jedoch nicht gesagt, wie weit die Duldungspflichten des Grundstückseigentümers gehen¹⁾. Das läßt sich vielmehr erst feststellen, wenn die Bewertungsmaßstäbe der Vorschriften des ABG ermittelt sind. Die Frage lautet: Weist das ABG den Interessen des Bergwerkseigentümers und Grundeigentümers gleichen Wertrang zu, folgt es also dem Ausgleichsprinzip, oder bevorzugt es die Interessen des Bergbautreibenden, indem es ein Eingriffsprinzip statuiert?

1) So mit Recht auch Turner, ZfB 109, 191; NJW 68, 87.

Allgemeine Meinung und seit langem anerkannt ist, daß der Grundstückseigentümer den Bergwerkseigentümer niemals im Wege der Unterlassungsklage zwingen kann, den Bergbau einzustellen oder einzuschränken, auch wenn die Gefahr der Beeinträchtigung des Grundeigentums besteht. Als Ausgleich für die weitgehenden Duldungspflichten des Grundeigentümers wird der Entschädigungsanspruch des § 148 ABG angesehen¹⁾. Diese Auffassung räumt also dem Bergwerkseigentümer eine bevorzugte Rechtsstellung ein, erschließt also aus der positiven Wortfassung des § 54 ABG sehr weitgehende Duldungspflichten und unterstellt folglich die Kollisionsregelung des ABG dem Eingriffsprinzip. Bewertungsmaßstab ist hiernach, daß die volkswirtschaftliche Bedeutung des Mineralabbaues eine Vorzugsstellung erfordere, vor welcher die Interessen der Grundeigentümer weichen müssen.

Gleichwohl ist denkbar, daß § 54 ABG lediglich allgemein die Befugnisse des Bergwerkseigentümers aufstellt, wie dies § 903 BGB für das Sacheigentum tut, und daß erst durch Auslegung des Gesetzes oder durch richterliche Bewertung eine Lösung des Interessenwiderstreits gefunden werden müßte. In diesem Falle enthielte nicht bereits § 54 ABG die Kollisionsnorm, sondern müßte erst aus der gesamten Regelung des ABG erschlossen werden. So könnte bei einer speziellen Bewertung der kollidierenden Interessen angeführt werden, daß auch der bergbaulichen Tätigkeit eine Ortsgebundenheit innewohnt. Bergbau kann nur dort betrieben werden, wo Mineralien lagern. Die Pflicht, bergbauliche Einwirkungen hinzunehmen, könnte daher - wie bei § 906 Abs. 2 BGB - bereits im Eigentum als typisch nachbarrechtliche Bindung enthalten sein.

1) Vgl. RGZ 30, 231; RG ZfB 48, 535; 52, 526; JW 1911, 338 Nr. 45; RGZ 98, 79; 130, 356; BGHZ 27, 155 ff; Ebel-Weller, § 54 Anm. 1; § 148 Anm. 2 c; Isay, § 135 Vorbem. 2; Reuß-Grotefend-Dapprich, § 54 Anm. 2; Heinemann, Ziff. 2.

In diesem Sinne ist das Verhältnis zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer auch verschiedentlich verstanden worden¹⁾. So hat man gemeint, Beeinträchtigungen durch bergbauliche Einwirkungen könnten schon tatbestandsmäßig nicht als Störungen angesehen werden, sondern seien nur Folgen einer natürlichen Beschränkung des Grundeigentums. Der in § 906 BGB ausgesprochene Gedanke müsse auch für das Verhältnis der "selbständigen Benutzungsrechte an Grund und Boden" gelten, da sich hier noch mehr und noch stärkere Kollisionen ergäben, als wenn es sich um mehrere Grundstücke handelte. § 148 ABG gewähre keinen Ersatz für eine "an sich" gegebene Abwehrklage, sondern sei ein "autonomer Ausgleichsanspruch"²⁾.

Sicherlich ist auch das Bergwerkseigentum raumbezogen; denn der Bergwerkseigentümer darf nur die in der Verleihungsurkunde benannten Mineralien abbauen, und diese lagern an einer bestimmten Stelle des Erdbodens. Um diese Ähnlichkeit mit dem Grundstückseigentum, das ebenfalls in einen vorhandenen Raum eingebettet ist, herauszustellen, ist es nicht einmal nötig, die Berechtigung des Bergwerkseigentümers - in gewiss anfechtbarer Weise - als "Benutzungs-"³⁾ oder "Verfügungsrecht"⁴⁾ zu umschreiben.

Diese natürlichen Bedingungen sind jedoch für die Auslegung des Gesetzes solange unerheblich, als sie das ABG bei der Bewertung der kollidierenden Interessen nicht als Bewertungsmaßstab heranzieht, sondern von ihnen nur als der Bewertungsgrundlage ausgeht. Das ABG begünstigt die Interessen des Bergbautreibenden einseitig auf Kosten der Grundstücks-

1) Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 42 f; ähnlich H.W. Schulte, ZfB 91, 305 f, 308, 312; ders., Festschrift für R. Isay, S. 32 f, 33 a E.

2) Vgl. Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 46; H.W.Schulte, ZfB 91, 313; ders., ZfB 106, 179.

3) Gieseke, aaO, S. 43.

4) H.W. Schulte, ZfB 91, 306. Hierzu Vogelsang, Diss., S.31.

eigentümer, die von einer Verleihung selbst keinerlei Vorteile in Form eigener erweiterter Nutzungsbefugnisse haben. Zudem ist das Merkmal der Ortsüblichkeit, auf das jene Stimmen abspielen, nicht das bei § 906 Abs. 2 BGB allein Entscheidende, sondern der Umstand, daß die kollidierenden Interessen hieran ausgerichtet und gleich bewertet werden. Von einer solchen Gleichbewertung kann aber im Verhältnis zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum keine Rede sein, da der Bergbau erweiterter Einwirkungsmöglichkeiten bedarf, um angesichts der möglichen Kollisionen überhaupt ausgeübt werden zu können. Diese zusätzlichen Einwirkungsbefugnisse wiederum lassen eine Höherbewertung der bergbaulichen Interessen erforderlich erscheinen. Im übrigen paßt auch das Merkmal der Ortsüblichkeit oder der Raumbezogenheit für dieses Konfliktverhältnis nur bedingt, jedenfalls sofern es dazu dienen soll, als Ausdruck der Zuweisung gleicher Rechte zu wirken. Denn ortsüblicher Bergbau besagt ja keineswegs, daß nunmehr alle Grundstückseigentümer ebenfalls Bergbau treiben dürfen, was natürlich nicht der Fall ist.

Das ABG folgt daher dem Eingriffsprinzip, soweit bergbauliche Tätigkeiten unvermeidbar zu Beeinträchtigungen des Grundeigentums führen. Allenfalls lassen sich im Wege einer entsprechenden Anwendung des § 906 BGB bestimmte Grundsätze des im Verhältnis zwischen verschiedenen Grundstücksnachbarn geltenden Nachbarrechts auch auf das bergrechtliche Konfliktverhältnis übertragen. Das ist jedoch ein anderer Ausgangspunkt¹⁾.

Die Einwirkungsbefugnisse des Bergwerkseigentümers greifen daher in den allgemeinen Eigentumsgehalt ein, und die komplementäre Schadensersatzpflicht soll diesen Rechtsverlust ausgleichen. § 148 ABG kann daher nicht als "autonomer Ausgleichsanspruch"²⁾, d.h. eine § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB inhalt-

1) Vgl. weiter unten S. 131 ff.

2) Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 46.

lich ähnliche Ersatzpflicht, angesehen werden; sie entspricht vielmehr in ihrem Sinngehalt § 26 GewO und dem nachbarlichen Aufopferungsanspruch.

3.) Die Befugnisse des Bergwerkseigentümers zur Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien (§ 54 ABG)

Nach § 54 ABG ist der Bergwerkseigentümer ausschließlich befugt, die zur Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien erforderlichen Vorrichtungen unter und über Tage zu treffen. Da im Rahmen der Untersuchung nur Immissionen berücksichtigt werden sollen, ist eine eingehende Erörterung aller denkbaren Grundstücksbeeinträchtigungen, die auf bergbauliche Tätigkeiten zurückgehen, überflüssig. Beachtet werden sollen vielmehr nur solche Einwirkungen, die sich in die Beispielsfälle des § 906 Abs. 1 BGB einreihen lassen.

Zu den Tätigkeiten, die der Grundstückseigentümer nach § 54 ABG dulden muß, rechnen Tiefbohrungen, mit denen die Abbauwürdigkeit eines Kohlevorkommens erforscht oder die geologischen Verhältnisse des Deckgebirges erkundet werden. Der Bergwerkseigentümer darf ferner einen Wetterschacht niederbringen oder einen Lüfter aufstellen¹⁾. Flugsand, der von einem Tagebau auf das Nachbargrundstück dringt und aus dem vorher abgetragenen Abraum stammt, muß vom Grundstückseigentümer hingenommen werden, wenn sonst der gesamte Bergwerksbetrieb stillgelegt werden müßte²⁾.

Da § 54 ABG nur von den Befugnissen des Bergwerkseigentümers spricht, ergeben sich gewisse Schwierigkeiten bei der Auslegung der Vorschrift. So muß der Grundeigentümer nicht schlechthin alles dulden, was der Bergwerkseigentümer macht, sondern nur solche Tätigkeiten, die der Aufsuchung und Ge-

1) Beispiele nach Schumacher, Glückauf 1962, 1156.

2) Vgl. KG ZfB 79, 571.

winnung der Mineralien dienen. Der Inhalt des Bergwerkseigentums, d.h. die Summe der Befugnisse des Bergwerkseigentümers, liegt nicht ein für allemal fest, sondern ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist die durch generelle Bewertung der Interessen des Bergbautreibenden begründete Vorzugsstellung zu beachten. Wenn die Bedeutung des Mineralabbaus für die gesamte Volkswirtschaft der entscheidende Bewertungsfaktor ist, sind nur solche Tätigkeiten in Ausübung des Bergwerkseigentums vorgenommen, die mit dem Mineralabbau in engem sachlichen Zusammenhang stehen und ohne die die preisgünstige und volkswirtschaftlich vernünftige Gewinnung nicht denkbar ist.

Dieser enge Zusammenhang besteht auch noch, wenn der Bergwerkseigentümer den Abraum in Halden lagert, da dieser zuvor entfernt werden muß, damit die Bodenschätze zugänglich werden. Beeinträchtigungen, die von solchen Halden ausgehen, sind daher nach § 54 ABG zu dulden¹⁾. Auch Halden, zu denen die geförderten Mineralien aufgeschüttet werden, bis sie weggeschafft werden können, sind in Ausübung des Bergwerkseigentums errichtet; denn die Mineralien müssen häufig erst sortiert, gesäubert und aufbereitet werden und, solange die Aufnahmekapazität der bergbaulichen Anlagen erschöpft ist, gelagert werden. Werden die Mineralien dagegen wegen ihrer Unverkäuflichkeit auf Halde gelegt und entstehen hieraus nachbarliche Einwirkungen, dürfte der Schutz aus § 54 ABG entfallen; wenn die Mineralien zum Verkaufe bereit liegen, ist die Tätigkeit der Gewinnung abgeschlossen.

Im Zusammenhang mit der eigentlichen Mineralgewinnung steht auch die Unterhaltung von Transporteinrichtungen, die der Bergwerkseigentümer innerhalb des Bergwerksgeländes betreibt²⁾. Hierzu zählen Gruben und Seilbahnen sowie Rohr-

1) RG ZfB 27, 369; RGZ 26, 224; 98, 79; 127, 29; BGHZ 17, 223; Boldt, § 148 Anm. 1 c; Ebel-Weller, § 148 Anm. 4 a; Isay, § 148 Anm. 2; Heinemann, Ziff. 17; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 2 b 2; Schumacher, Glückauf 62, 1156 ff.

2) Boldt, § 148 Anm. 1 c; Ebel-Weller, § 148 Anm. 4 c; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 2 b 2; a.A. RG ZfB 22,

leitungen, die die Mineralien von der Lagerstätte oder vom Förderschacht zu den Halden, Aufbereitungsanstalten oder Anlagen befördern, in denen die Mineralien weiter verarbeitet werden. Abgeschlossen ist die Tätigkeit der Gewinnung dagegen, wenn die Mineralien von Grubenanschlußbahnen oder sonstigen Beförderungsmitteln vom Bergwerksgelände auf die Gleise anderer Bahnunternehmen geschafft werden. Entstehen hierbei Einwirkungen, gilt die Kollisionsregelung des BGB¹⁾.

4.) Der Betrieb von Aufbereitungsanstalten durch den Bergwerkseigentümer (§ 58 ABG)

Die wichtigsten Immissionsquellen sind die Übertageanlagen des Bergbaus. Für einen Teil dieser Anlagen, nämlich die Aufbereitungsanstalten, bestimmt § 58 ABG, daß dem Bergwerkseigentümer die Befugnis zustehe, die zur Aufbereitung seiner Bergwerkserzeugnisse erforderlichen Anstalten zu errichten und zu betreiben.

Wie bereits früher²⁾ angedeutet, haben Rechtsprechung und Lehre § 58 ABG dahin ausgelegt, daß der Grundeigentümer auch Einwirkungen aus bergbaulichen Aufbereitungsanstalten dulden muß, und zwar ebenso weitgehend wie solche aus der Mineralgewinnung. Wenn das - wie zu prüfen sein wird - richtig ist, muß der Bergwerkseigentümer die entstehenden Beeinträchtigungen nach § 148 ABG ausgleichen. Daß die Vorschrift von dem "Bergwerksbesitzer" spricht, bedeutet

528; RGZ 26, 224; RGZ 35, 170; Isay, § 148 Anm. 2.

1) In diesem Sinne auch: RG ZfB 57, 70 (Grubenanschlußbahn); RG Gruchot 55, 1169. Zu weitgehend daher Heinemann, Ziff. 19; Willecke, S. 84; Schumacher, Glückauf 62, 1156 ff.

2) Vgl. oben S. 81 u. Fußn. 2.

sachlich keinen Unterschied¹⁾; sie greift stets dann ein, wenn dem Grundeigentümer gegenüber bergbaulichen Tätigkeiten, die in Ausübung des Bergwerkseigentums erfolgen, gesteigerte Duldungspflichten obliegen. § 148 ABG ist daher nicht isoliert von den §§ 54, 58 ABG auszulegen²⁾.

a) Das Aufbereitungsrecht als Inhalt des Bergwerkseigentums

Interessenkollisionen zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer, die durch den Betrieb von bergbaulichen Aufbereitungsanstalten entstehen, können nur dann nach ABG gelöst werden, wenn die Aufbereitung der geförderten Mineralien Inhalt des Bergwerkseigentums ist.

Gerade das aber wurde früher verneint. Der Bergwerkseigentümer hatte sich nach bürgerlichem Recht behandeln zu lassen, der Grundeigentümer konnte einen Entschädigungsanspruch aus § 148 ABG nicht aus Beeinträchtigungen aus Aufbereitungsanstalten herleiten. § 148 ABG sollte zunächst nur solche Einwirkungen ausgleichen, die aus der eigentlichen bergmännischen Tätigkeit, der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien, herrührten. Unter Berufung auf diese - bereits bei den Vorarbeiten für ein Allgemeines Berggesetz geäußerte - Ansicht³⁾ gewährte auch das Reichsgericht einen Ersatz-

1) Der Terminus Bergwerksbesitzer hat jedoch zu dem Streit geführt, ob nur der Bergwerkseigentümer oder auch der Fremdbesitzer anspruchspflichtig sei. Zum Stand der Meinungen: Ebel-Weller, § 148 Anm. 11; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 1 b. In Nordrhein-Westfalen unterscheidet nunmehr § 148 Abs. 1 in der Fassung des 4. Gesetzes zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften im Lande NRW vom 11.6. 1960 (GV. NW S. 201) zwischen Bergwerkseigentümer und demjenigen, der einen Bergwerksbetrieb "für Rechnung eines anderen führt" (Betreiber).

2) So schon RG ZfB 52, 526 (529); a.A. Werneburg, ZfB 57, 169.

3) Vgl. den Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses, Hahn, Materialien, S. 282.

anspruch zunächst nur für Schäden aus der eigentlichen Bergbautätigkeit¹⁾. Die Anwendung des § 148 ABG auf die in § 58 ABG genannten Aufbereitungsanstalten lehnte es dagegen ab²⁾. Dabei konnte es sich auch auf die Motive stützen, in denen es zu § 58 ABG heißt³⁾:

"Für die Errichtung und den Betrieb von Aufbereitungsanstalten ist nach der gegenwärtigen Gesetzgebung eine gewerbepolizeiliche oder sonstige Genehmigung nicht erforderlich. Hierin ändert der § 58 nichts, giebt aber den Bergwerkseigentümern, welche für ihre eigenen Bergwerke Aufbereitungsanstalten anlegen, aus dem Grunde noch einen aus dem Bergwerkseigenthum fließenden gesetzlichen Titel für diese Anstalten, damit dieselben, als Pertinenzien der Bergwerke, auch das Expropriationsrecht gegenüber dem Grundbesitzer behalten, welches für diese Aufbereitungsanstalten ebenso unentbehrlich ist, wie für die Bergwerke selbst."

Hiernach sollten dem Bergwerkseigentümer durch § 58 ABG keine erweiterten Einwirkungsbefugnisse zuerkannt werden, sondern er sollte nur das Recht der Grundabtretung auch für solche Anlagen erhalten. Das zeigt sich deutlich auch darin, daß § 58 ausdrücklich in dem Wortlaut des § 135 ABG aufgeführt ist.

Gleichwohl ist die Tendenz des Gesetzgebers dahin gegangen, bestimmte Regelungen, die für den Bergbau eigentümlich sind, auch für die Aufbereitungsanstalten zu übernehmen: so erstreckte sich auch die polizeiliche Aufsicht der Bergbehörden auf die Aufbereitungsanstalten (§ 196 Abs. 3 ABG). Sie durften erst errichtet und betrieben werden, nachdem die Bergbehörde den Betriebsplan geprüft und genehmigt hatte⁴⁾. Nach der - später aufgehobenen - Vorschrift des § 165 ABG⁵⁾

1) RG ZfB 22, 528; RGZ 26, 224 = ZfB 31, 381; RG ZfB 52, 526.

2) RG Warn 1910 Nr. 446; 1915 Nr. 193.

3) Hahn, Materialien, S. 150.

4) Die ausdrückliche Verweisung auf § 58 ABG wurde erst in den Verhandlungen des Landtages zur Klarstellung in den Gesetzestext des § 196 ABG aufgenommen, vgl. Verhandlungen, ZfB 6, 355.

5) Die Vorschriften der §§ 165 - 186 ABG sind zunächst durch das Preuß.Knappschaftsges. von 1906, und dieses ist wiederum durch das Reichsknappschaftsges. v. 23.6.1923 (RGBl. I S.451) in d.F. v.21.5.1957 (BGBl.I S. 533) abgelöst worden.

waren die in den Aufbereitungsanstalten des Bergbaus beschäftigten Arbeitnehmer als Mitglieder der Knappschaftsvereine den eigentlichen Bergarbeitern gleichgestellt.

Aus dieser Übertragung bestimmter bergrechtlicher Einrichtungen und Eigentümlichkeiten auf die Aufbereitungsanstalten wurde zwar gefolgert, sie würden in Ausübung des Bergwerkseigentums betrieben und seien Zubehör des Bergwerks¹⁾. Die letzte Konsequenz indes, den Bergwerkseigentümern einen erweiterten Schutz gegenüber Unterlassungsklagen Dritter zu gewähren, wurde nicht gezogen²⁾. Erst später unterstellte das Reichsgericht auch die Aufbereitungsanstalten der bergrechtlichen Kollisionsregelung, versagte also die Abwehrbefugnisse des Grundeigentümers und gab ihm den Schadenersatzanspruch aus § 148 ABG³⁾. Den Anstoß für diesen Schritt hatte die Überlegung gegeben, ob Kokereien, die am Gewinnungsort der Mineralien betrieben wurden, weniger begünstigt sein sollten als solche, die außerhalb lagen und nach § 16 GewO a.F. der Genehmigungspflicht unterlagen und daher den Schutz des § 26 GewO genossen. Das Reichsgericht nahm an, eine rechtlich verschiedene Behandlung ein und derselben Betriebsart gehe nicht an und versagte unter Berufung auf den Sinn und Zweck des § 58 ABG die Abwehrklage⁴⁾. Das Argument freilich, Einwirkungen aus Aufbereitungsanstalten seien einheitlich zu behandeln, gleichgültig wo diese Anlagen stünden, ist für sich allein nicht überzeugend. Immerhin unterlagen die außerhalb des Gewinnungsortes betriebenen Kokereien, um die es ging, dem Verfahren nach §§ 16 ff GewO; der Betriebsinhaber konnte sich also gegenüber Einwendungen geschädigter Nachbarn auf den durch die obrigkeitliche Genehmigung geschaffenen Vertrauenstatbestand berufen.

1) RGZ 12, 268 (270).

2) Ausdrücklich abgelehnt von RG Warn 1910 Nr. 446.

3) RGZ 98, 79 = ZfB 61, 226. Vgl. auch das Berufungsurteil in dieser Sache, OLG Hamm ZfB 61, 250, das letztlich den Anstoß zur Änderung der Rechtsprechung gab.

4) RGZ 98, 79 (84).

Der Entscheidung ist aber zuzustimmen, soweit sie auf den Schutz des Bergwerkseigentümers abstellt, den sie aus dem Sinn und Zweck des § 58 ABG ableitet. Der Bergwerkseigentümer bedarf eines erweiterten Schutzes, wenn er die Mineralien aufsucht und gewinnt; die gewonnenen Mineralien sind aber so, wie sie von der Fundstelle kommen, noch unbrauchbar. Sie müssen gewaschen, gereinigt, zerkleinert und konzentriert, kurz: aufbereitet werden. Diese Tätigkeiten sind durch einen so engen Zusammenhang mit der eigentlichen Mineralgewinnung gekennzeichnet, daß der Bergwerkseigentümer auch für den Betrieb von Aufbereitungsanstalten eine Sonderstellung erhalten muß; denn es wäre für ihn sinnlos, wenn er die Mineralien zwar ungestört fördern dürfte, dann aber ein Nachbar die Möglichkeit hätte, ihn daran zu hindern, sie nutzbar und verwertbar zu machen. Damit gehört auch die Aufbereitung der gewonnenen Mineralien zu den Befugnissen, die das Bergwerkseigentum gewährt. Wenn die Interessen des Bergwerkseigentümers mit denen anderer kollidieren, wird der Bergwerkseigentümer wegen der Bedeutung seiner Tätigkeit für die gesamte Wirtschaft bevorzugt. Daher können die Nachbarn einer Aufbereitungsanstalt keine Unterlassungsklage erheben, weil ihnen § 58 ABG gesteigerte Duldungspflichten auferlegt¹⁾.

1) H.M.: RGZ 139, 33; 154, 162; Boldt, § 148 Anm. 1 c; Ebel-Weller, § 148 Anm. 4 b; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 2 b 3; Heinemann, Ziff. 18. A.A. heute nur noch Meisner-Stern-Hodes, § 44 II 5, S. 805 Anm. 27; sowie die ältere Literatur: Westhoff, Bd. 1 S. 199; Brassert-Gottschalk, § 148 Anm. 4; Isay, § 148 Anm. 2; Klostermann-Fürst-Thielmann, § 148 Anm. 6.

b) Der Begriff Aufbereitungsanstalt im Sinne des § 58 ABG

Damit steht jedoch noch nicht fest, welche Betriebsarten als Aufbereitung im Sinne des § 58 ABG anzusehen sind. Der Begriff Aufbereitung entstammt dem technischen Wortschatz des Erzbergbaus¹⁾. Darunter verstand man die Tätigkeiten, durch die^{die} gewonnenen Mineralien mit dem Ziel, verwertbare und damit verkaufsfähige Produkte zu gewinnen, auf mechanischem Wege gereinigt, zerkleinert und an Gehalt an nutzbaren Teilen konzentriert wurden²⁾.

aa) Die Betriebsanstalten

Mit fortschreitender technischer Entwicklung ließ sich dieses Ziel aber alsbald besser mit nichtmechanischen Verfahren, insbesondere durch Aufbereitung auf chemischem Wege erreichen. Der überkommene Begriff der Aufbereitung erschien daher zu eng. Zunächst erweiterten ihn ministerielle Entscheidungen, die sich mit Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Berg- und Gewerbeaufsichtsbehörden zu befassen hatten³⁾. Außerdem wurde eine Ausdehnung bei Fragen der Gewerbesteuerpflicht⁴⁾ wiederholt erörtert und bei solchen nach dem Umfange des Grundabtretungsrechts⁵⁾. Eine ständige Verwaltungsübung prägte schließlich den Begriff der "zum Bergwerksbetrieb gehörigen Anlagen", der sog. Betriebsanstalten. Diese Betriebsanstalten behandelte sie dann ebenso wie die

1) Voelkel, S. 111; Isay, § 58 Anm. 1.

2) Besch. u. Vfg. des Handelsmin. v. 21.2.1876, ZfB 17, 115; RGZ 12, 268 (271).

3) MinErl. v. 1.10.1874, ZfB 16, 8; MinErl. v. 4.11.1895, ZfB 37, 117 (Brikettfabriken); v. 21.11.1911, ZfB 53, 150; v. 8.3.1882, ZfB 23, 273 (Glühöfen); ferner MinErl. v. 8.12.1904, ZfB 46, 124.

4) MinErl. v. 1.12.1882, ZfB 23, 273 (Kokereien); MinErl. v. 26.11.1874, ZfB 16, 9 (Brikettfabriken).

5) Rekursbescheid v. 23.12.1872, ZfB 13, 562 (Kokereien); ebenso PolVO des OBA Dtmd v. 12.12.1866, ZfB 7, 542.

eigentlichen Aufbereitungsanstalten, die mit mechanischen Verfahren arbeiteten, und unterstellte sie bergrechtlichen Vorschriften: den Bestimmungen über das Grundabtretungsverfahren (§§ 135 ff ABG) und über die bergpolizeiliche Aufsicht (§§ 196 ff ABG)¹⁾. Hierzu gehörten die Kokereien mit den Gasverarbeitungs- und Benzolreinigungsanstalten, Brikkettfabriken²⁾, Teerschwelereien, Röstöfen und Glühöfen³⁾.

Jedoch sollten diese Betriebsanlagen den Aufbereitungsanstalten des § 58 ABG nur dann gleichgestellt werden, wenn sie am Gewinnungsort der Mineralien lagen⁴⁾ und der Bergwerkseigentümer mit ihnen die eigenen Mineralien aufbereitete⁵⁾. Erforderlich war also - allgemeiner gesprochen - ein enger räumlicher und sachlicher Zusammenhang⁶⁾ zwischen den Tätigkeiten dieser Betriebsanstalten und der Mineralgewinnung sowie Identität des Inhabers.

Anlagen, bei denen ein derartiger Zusammenhang zwischen Mineralgewinnung und Aufbereitung fehlte, sowie Weiterverarbeitungsanlagen, wie z.B. Ammoniakfabriken, Kali-, Paraffin-, Solarölfabriken und Teerdestillationen⁷⁾ wurden nach allgemeinem Recht behandelt. Sie unterstanden nicht der Bergaufsicht, sondern der Beaufsichtigung der Gewerbeaufsichts-

-
- 1) MinErl. v. 1.10. u. 26.11.1874, ZfB 16, 8 ff; MinErl. v. 4.11.1895, ZfB 37, 117. In diesen Verwaltungsanordnungen wird die Frage, ob es sich um Aufbereitungsanstalten i. S. des § 58 ABG handele, zum Teil bewußt nicht beantwortet. Vgl. zur Entwicklung Schlüter, ZfB 76, 339.
- 2) Kokereien u. Brikkettfabriken jedoch nur dann, wenn sie nicht außerhalb des Gewinnungsortes betrieben wurden. Andernfalls unterstanden sie den Vorschriften der GewO (§§ 6 II, 16 II GewO a.F.).
- 3) Vgl. Schlüter, ZfB 76, 339.
- 4) MinErl. v. 1.2.1882, ZfB 23, 273; MinErl. v. 21.11.1911, ZfB 53, 150.
- 5) So im Anschluß an die Motive, bei Hahn, S. 150: Klostermann, ABG, 1866, S. 173; MinErl. v. 4.11.1895, ZfB 37, 117.
- 6) MinErl. v. 8.3.1882, ZfB 23, 275; v. 26.11.1874, ZfB 16, 9.
- 7) Schlüter, ZfB 76, 339; Voelkel, S. 112; MinErl. v. 8.12.

beamten und der Ortspolizeibehörden nach den Vorschriften der Gewerbeordnung.

Gerade die Verschiedenheit der Aufsicht empfand man aber bald als unzweckmäßig; denn sie nötigte möglicherweise dazu, einzelne betriebliche Abläufe zu zerlegen, und beschwor Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Berg- und Gewerbeaufsichtsbeamten herauf. Diese Gefahr bestand vornehmlich dann, wenn solche Anlagen am Gewinnungsort der Mineralien errichtet waren und in ihnen die Mineralien zugleich aufbereitet und weiterverarbeitet wurden.

bb) Die Vereinheitlichung der Bergaufsicht

Deshalb änderte das Gesetz über die Zuständigkeit der Bergbehörden vom 9. Juni 1934¹⁾ § 196 Abs. 3 ABG dahin, daß nunmehr alle bergbaulichen Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen von den Bergbehörden zu beaufsichtigen seien. Um welche Anlagen es sich dabei handelte, bestimmte eine vom Minister für Wirtschaft und Arbeit erlassene Verordnung vom 22. 1. 1938 (sog. Anlagenverordnung)²⁾. Der Katalog der Anlagen konnte so schneller und besser ergänzt werden³⁾. Das Gesetz enthielt aber auch eine Einschränkung; der Bergaufsicht sollten nur solche Anlagen unterstehen, die am Gewinnungsort der Mineralien betrieben wurden oder mit der Mineralgewinnung in einem unmittelbaren betrieblichen Zusammenhange standen (z.B. durch eine Grubenbahn, Grubenanschlußbahn, Seilbahn oder Rohrleitung)⁴⁾. Unter dieser Vor-

1904, ZfB 46, 124. Vgl. ferner die amtl. Begründung des Ges. über die Zuständigkeit der Bergbehörden v. 9.6.1934, ZfB 75, 92 (97).

1) GS. S. 303.

2) "Verordnung über die polizeiliche Beaufsichtigung der bergbaulichen Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen", GS. S. 19; ZfB 79, 208; abgedruckt bei Ebel-Weller, Teil II A 32, S. 459 ff.

3) Begr. zum ZuständigkeitsG v. 9.6.1934, ZfB 75, 95 ff.

4) Vgl. § 1 der AnlagenVO; Ebel-Weller, aaO.

aussetzung war aber nunmehr die Aufsicht einheitlich, mochte es sich um die eigentlichen Aufbereitungsanstalten, um die sog. Betriebsanstalten oder um Weiterverarbeitungsanlagen handeln.

cc) Nebengewinnung und Weiterverarbeitung als Inhalt des Bergwerkseigentums?

Diese Gleichbehandlung aller Anlagen des Bergwesens auf dem Gebiete der polizeilichen Aufsicht wird teilweise¹⁾ zum Anlaß genommen, nunmehr alle diese Anlagen als Aufbereitungsanstalten im Sinne des § 58 ABG anzusprechen. Die praktische Konsequenz dieser Auffassung ist, daß nachbarliche Einwirkungen aus diesen Anlagen, weil dann in Ausübung des Bergwerkseigentums entstanden, nicht mit der Unterlassungsklage bekämpft werden könnten, daß andererseits der Betriebsinhaber für Schäden auch nach § 148 ABG einzustehen hätte. Die Anlagenverordnung gilt in einigen Ländern der Bundesrepublik weiter (so z.B. in Nordrhein-Westfalen²⁾) oder ist übernommen worden³⁾. Einer Auseinandersetzung mit den oben genannten Ansichten kann daher nicht ausgewichen werden.

Gegen sie spricht zunächst die Amtliche Begründung zum Zuständigkeitsgesetz vom 9. 6. 1934, das die Rechtsgrundlage der Anlagenverordnung bildet. In ihr wurde die Frage, ob die der Bergaufsicht unterstehenden Anlagen des Bergwesens nunmehr generell als in Ausfluß des Bergwerkseigentums errichtet und betrieben angesehen werden müßten, bewußt nicht beantwortet. Hier könne - so hieß es - erst eine Neuordnung im Verhältnis der Bestimmungen des ABG und der Gewerbeordnung Klarheit schaffen. Das Gesetz solle sich daher zunächst

1) Heinemann, Ziff. 18; Willecke, § 52, S. 84 u. Fußn. 8; zust. Schumacher, Glückauf 1962, 1157.

2) PrGS NW S. 192.

3) Vgl. die Nachweise bei Ebel-Weller, Vorbem.1 zur Anlagen-VO, S. 469.

auf die polizeiliche Seite beschränken, wolle also von einer grundsätzlichen Neuerung zunächst absehen¹⁾). Diese Absicht hat sich auch in Art. V des Zuständigkeitsgesetzes niedergeschlagen. Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen, die zugleich zum Katalog der nach § 16 GewO a.F. konzessionspflichtigen Anlagen gehörten, wurden nicht in jeder Beziehung den eigentlichen, d.h. mechanisch arbeitenden Aufbereitungsanstalten, die von jeher dem § 58 ABG unterstanden, gleichgestellt; denn weder wurde das Genehmigungsverfahren nach den §§ 16 ff GewO durch das Betriebsplanverfahren abgelöst noch die gleichzeitige Zuständigkeit der Berg- und Gewerbeaufsichtsbehörde begründet. Vielmehr erteilte fortan das Oberbergamt auch die nach § 16 GewO a.F. erforderliche Konzession²⁾).

Die Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen, die in der Anlagenverordnung aufgezählt sind, dürften auch schon deshalb nicht als Aufbereitungsanstalten im Sinne des § 58 ABG anzusehen sein, weil § 196 Abs. 3 ABG die Gleichbehandlung dieser Betriebseinrichtungen ausdrücklich auf die Bergaufsicht beschränkt und beide Betriebsarten als etwas Wesensverschiedenes ansieht. Daraus aber ergeben sich systematische Bedenken gegen eine generelle Gleichbehandlung: aus einer bloßen verwaltungsmäßigen Zuständigkeitsregelung, wie sie § 196 Abs. 3 ABG in der Fassung des Zuständigkeitsgesetzes vom 9. 6. 1934³⁾ enthält, läßt sich eine Aussage darüber, was zum Inhalt des Bergwerkseigentums gehört, nicht entnehmen⁴⁾). Eine Erscheinung, wie sie bei den eigentlichen, d.h. mit mechanischen Verfahren arbeitenden Aufbereitungs-

1) ZfB 75, 96 f.

2) Damit hatte das OBA neben den Gesichtspunkten der §§ 16 ff GewO auch auf Einhaltung der sonstigen bergbehördlichen Sicherheitsbestimmungen zu achten, Ebel-Weller, § 16 GewO Anm. 4/ABG, Teil III 1.

3) GS S. 303.

4) So mit Recht wohl auch Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 2 b 4.

anstalten im Sinne des § 58 ABG zu beobachten war, nämlich eine weitgehende Anwendung typisch bergrechtlicher Regeln (Grundabtretungsverfahren, Gleichstellung der Arbeiter in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht)¹⁾, ist hier nicht erkennbar.

Heinemann²⁾ will eine Gleichbehandlung mit dem Argument rechtfertigen, die in der Anlagenverordnung aufgeführten Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen gehörten im Sinne der heutigen Technik zum Bergwerksbetrieb. Deshalb will er für Schäden aus Zuführungen dieser Betriebe den Bergschadenanspruch geben und muß daher diese Anlagen - wenn er dies auch nicht ausspricht - in die Vorschrift des § 58 ABG einreihen.

Es besteht jedoch kein Anlaß, dem Bergwerkseigentümer auch hinsichtlich aller dieser Anlagen eine auf bergrechtlichen Vorschriften³⁾ beruhende Sonderstellung einzuräumen. Bei den Aufbereitungsanstalten bedarf er eines erweiterten Schutzes, weil der den Mineralien innewohnende volkswirtschaftliche Wert erst mit der Aufbereitung erschlossen werden kann⁴⁾. Zum Inhalt des Bergwerkseigentums gehört daher auch die weitere Stufe bergmännischer Tätigkeit: die der Aufbereitung. Die Produkte dieser Stufe enthalten immer noch die typischen Eigenschaften des Minerals oder bilden gar erst den eigentlichen Rohstoff, der dann Grundlage der Verarbeitung wird.

Die Nebengewinnung und Weiterverarbeitung dagegen stellt eine weitere dritte Stufe dar: in einem sich an die Aufbe-

1) Vgl. oben S. 91 f.

2) Bergschaden, Ziffer 18.

3) Für die meisten der in der Anlagen-VO aufgeführten Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen war freilich eine Konzession nach § 16 GewO erforderlich, so daß der Bergwerkseigentümer schon deshalb gem. § 26 GewO geschützt war. Vgl. hierzu unten

4) Vgl. oben S. 93.

bereitung anschließenden technischen Prozeß werden die bei der Aufbereitung anfallenden Abfallprodukte zusätzlich nutzbar gemacht¹⁾ oder die hierbei frei werdenden Wertstoffe verfeinert. Errichtet der Bergwerkseigentümer am Gewinnungsort der Mineralien derartige Anlagen, so will er seine Produkte unter wirtschaftlich besonders günstigen Umständen und ohne zusätzliche Transportkosten voll ausnutzen. Dabei mag es sich um Tätigkeiten handeln, die volkswirtschaftlich sehr wichtig sind. Geradezu eine volkswirtschaftliche Sonderstellung, wie sie die Mineralgewinnung und -aufbereitung haben müssen, können sie nicht für sich in Anspruch nehmen.

Nun dürfen auch Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen des Bergwesens nur auf Grund eines Betriebsplanes geführt werden (§§ 196 Abs. 3, 67 ABG). Dieser Betriebsplan ist zuvor von der Bergbehörde dahin zu prüfen, ob und unter welchen Bedingungen die vom Bergwerkseigentümer gegenüber der Bergbehörde geäußerten Absichten mit den sicherheitspolizeilichen Gesichtspunkten zu vereinbaren sind, die die Bergbehörde gem. § 196 Abs. 2 ABG zu beachten hat. Mit der Prüfung des Betriebsplanes könnte daher der Bergwerkseigentümer eine ähnliche Rechtsposition erworben haben, wie sie der Inhaber einer konzessionierten Anlage besitzt²⁾. Die bevorzugte Rechtsstellung des Betriebsinhabers nach § 26 GewO beruht aber einmal auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes³⁾. Zudem ist ein Teil der möglichen Kollisionen bereits durch geeignete Bedingungen im Stadium der Genehmigungsverfahren verhindert worden, wenn die beteiligten Nachbarn darauf gedrungen haben oder die Behörde dies für erforderlich hielt, weil Einwendungen erhoben wurden. Dage-

1) Vgl. § 1 Abs. 1 lit.h Anlagen-VO: Gewinnung von Ammoniak aus Kokerei- oder Schwelgas (d.i. Nebengewinnung) und Herstellung von Ammonsulfat (Weiterverarbeitung); aaO lit. i: Anlagen zur Gewinnung von Phenol aus Kokereiabwässern.

2) So zB Lantzke, ZfB 101, 81.

3) Vgl. hierzu allgemein Westermann, Eranion für Maridakis, S. 664.

gen ist das Betriebsplanverfahren der §§ 67 ff ABG ein behördeninterner Vorgang, der allein schon wegen der Geheimhaltungspflicht der Bergbehörde nicht nach außen dringt¹⁾. Es liegt keine ausdrückliche, an den Bergwerkseigentümer gerichtete öffentlich-rechtliche Gestattung der Inbetriebnahme vor, wie sie etwa die Genehmigung nach § 16 GewO enthält, sondern der Bergwerkseigentümer kann den Betrieb aufnehmen, wenn die Bergbehörde nicht binnen 14 Tagen Einspruch gegen den Plan erhebt (§ 68 Abs. 1 ABG). Auch die Unterlassung des Einspruchs ist mangels unmittelbarer Regelung eines Einzelfalles kein Verwaltungsakt²⁾, und der Eigentümer eines im Einflußbereich des geplanten Bergbaues gelegenen Grundstücks ist auch nicht an dem Betriebsplanverfahren, das sich ausschließlich zwischen Bergbehörde und Bergwerkseigentümer abspielt, beteiligt³⁾. Eine öffentlich-rechtliche Genehmigung, die Anknüpfungspunkt eines Vertrauensschutzes wie bei § 26 GewO sein könnte, läßt sich daher nicht feststellen⁴⁾. Sind aber die bergbaulichen Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen nicht als Aufbereitungsanstalten im Sinne des § 58 ABG anzusehen, so muß diese Vorschrift auf die eigentliche Aufbereitung beschränkt werden. Das ist jede Tätigkeit, die darauf abzielt, die gewonnenen Mineralien durch Reinigung, Zerkleinerung und Konzentrierung an nutzbarem Gehalt als Rohstoff zur Ausnutzung ihrer typischen

1) Die Geheimhaltungspflicht der Bergbehörde erstreckt sich auch auf das Betriebsplanverfahren, Ebel-Weller, § 3 b Anm. 3 a.

2) Vgl. ProVG ZfB 72, 289; ähnlich schon KG ZfB 57, 283; LVG Gelsenkirchen ZfB 95, 468; and. Ansicht Boldt, § 68 Anm. 1; Miesbach-Engelhardt, § 68 Anm. 2, 5; vgl. hierzu Franke, Diss., S. 31 ff.

3) LVG Gelsenkirchen, aaO.

4) Anders Lantzke, ZfB 101, 81.

Eigenschaften verwertbar zu machen. Dabei muß es zur Sicherung des technischen Fortschritts gleichgültig bleiben, ob die Aufbereitung mit mechanischen oder chemischen Verfahren verfolgt wird¹⁾. Eine andere Abgrenzung läßt sich nicht finden. Die letzte Antwort hat in diesen Fällen die Technik zu geben. Jedoch sollte eine vernünftige Auslegung des § 58 ABG, d.h. des Begriffs der Aufbereitungsanstalten, auch noch solche Anlagen einbeziehen, in denen die Weiterverarbeitung zugleich mit der Aufbereitung verknüpft ist oder sich unmittelbar anschließt. Andernfalls wäre die Aufspaltung einheitlicher Betriebsabläufe die Folge. Damit gehören auch die sog. Betriebsanstalten nur insoweit zu den Aufbereitungsanstalten, als sie diesen Voraussetzungen genügen.

Erforderlich ist aber immer, daß die Aufbereitungsanstalten am Gewinnungsort der Mineralien betrieben werden und daß der Bergwerkseigentümer in ihnen seine eigenen Produkte aufbereitet. Nur dann nämlich ist ein enger räumlicher und sachlicher Zusammenhang mit der Mineralgewinnung gegeben, der es rechtfertigt, auch die Aufbereitung zum Inhalt des Bergwerkeigentums zu rechnen²⁾.

-
- 1) Zu eng daher Miesbach-Engelhardt, § 58 Anm. 2a, Reuß-Grotefend-Dapprich, § 58 Anm. 1, die chemische Verfahren ausschließen wollen.
 - 2) Dagegen will H. Schulte, Diss., S. 183 f, das Grundabtretungsverfahren nach § 135 ABG aus verfassungsrechtlichen Bedenken nur für solche Anlagen gewähren, die für die Gewinnung von Bodenschätzen typisch sind und notwendigerweise vom Bergwerkseigentümer selbst betrieben werden müssen; ebenso Turner, S. 149. Der Unterschied zu der hier vertretenen Meinung mag darin begründet sein, daß es sich bei der Grundabtretung um sehr weitgehende Benutzungsrechte handelt, während hier die Frage einer Immissionsbefugnis des Bergbautreibenden zu entscheiden ist.

c) Das Verhältnis zwischen der gewerberechtlichen und der bergrechtlichen Kollisionsregelung

Allerdings waren die meisten der bergbaulichen Nebengewinnungs- und Weiterverarbeitungsanlagen auch schon vor der Neufassung des § 16 GewO durch das Luftreinhaltegesetz vom 22. Dezember 1959 konzessionspflichtig¹⁾. Von ihnen ausgehende Beeinträchtigungen konnten daher wegen des § 26 GewO mit der Abwehrklage nicht bekämpft werden.

aa) Der Geltungsbereich des § 16 GewO im Hinblick auf die bergbaulichen Anlagen

Zweifelhaft war deshalb schon vor Inkrafttreten jenes Gesetzes, ob auch solche Anlagen des Bergwesens genehmigungsbedürftig waren, die zwar in dem Katalog des § 16 GewO a.F. aufgeführt waren, zugleich aber als sog. Betriebsanstalten weitgehend bergrechtlichen Regeln unterstellt wurden. Die hier bestehenden Unklarheiten beruhten darauf, daß die Gewerbeordnung gem. § 6 Abs. 2 auf Anlagen des Bergwesens nur insoweit Anwendung fand, als sie es ausdrücklich bestimmte. Zum Teil²⁾ wurde die Konzessionspflicht mit der Begründung verneint, die Befugnis, auch Betriebsanstalten zu errichten und zu betreiben, ergebe sich schon unmittelbar aus der Verleihung des Bergwerkseigentums. Demgegenüber bejahte die herrschende Ansicht³⁾ die Genehmigungspflicht, ja wertete sie geradezu als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den eigentlichen, d.h. mit mechanischen Verfahren arbeitenden Aufbereitungsanstalten. Dieser Auffassung war der Vorzug zu geben. Das Genehmigungsverfahren der §§ 16 ff GewO soll die

1) Jedoch wurde die Genehmigung vom OBA erteilt. Vgl. Art.V Zuständigkeitsges., oben S. 97 f.

2) Landmann-Rohmer, 11.Aufl., § 16 Anm. 1 e r ;
Arndt, 8.Aufl., Anm. zu § 58.

3) Vgl. Boldt, § 58 Anm. 2; Ebel-Weller, § 54 Anm. 2 D;
Isay, § 58 Anm. 2; Voelkel, S. 113 f; Willecke, S. 54;
ferner MinErl. v. 8.12.1904, ZfB, 46, 124.

Nachbarschaft vorbeugend vor nachteiligen und gefährlichen Einwirkungen schützen, die von dem Betriebe solcher Anlagen ausgehen können. Einen so weitgehenden Schutz bietet das Betriebsplanverfahren nicht. Der Grundeigentümer ist wegen der Geheimhaltungspflicht der Bergbehörde gehindert, schon vor Inbetriebnahme der Anlage Art und Umfang der späteren Einwirkungen wenigstens in Umrissen zu erfahren, noch ist er - richtiger Ansicht nach¹⁾ - am Betriebsplanverfahren beteiligt. Wegen des mit dem Konzessionsverfahren verbundenen und ihm eigentümlichen Schutzes ist davon auszugehen, daß auch die in dem Katalog des § 16 Abs. 2 GewO a.F. aufgeführten Anlagen des Bergwesens genehmigungspflichtig sein sollten, zumal gerade auch für den Bergbau typische Betriebsstätten, z.B. Röstöfen für den Erzbergbau, in ihm enthalten waren²⁾.

Der Hinweis der Motive³⁾, bei den Aufbereitungsanstalten im Sinne des § 58 ABG sei eine gewerbepolizeiliche Genehmigung nicht erforderlich, kann die entgegengesetzte Ansicht nicht unterstützen. Die Motive gingen nämlich noch davon aus, daß Aufbereitungsanstalten nur solche Betriebe seien, die mit mechanischen Verfahren arbeiteten. Erst später wurde der Begriff der Aufbereitung auch auf solche Betriebsarten ausgedehnt, die mit chemischen Prozessen die Aufbereitung betrieben, die sog. Betriebsanstalten⁴⁾. Diese erweiterte Auslegung geschah vornehmlich, um dem Bergwerkseigentümer auch die Möglichkeit der Grundabtretung für solche Anlagen zu verschaffen. Dagegen sollte sie wohl nicht dazu führen, daß der mit dem Genehmigungsverfahren gem. § 16 GewO erstrebte Schutz des Publikums entfallen und durch das weniger wirksame Betriebsplanverfahren ersetzt werden sollte. Vielmehr war nunmehr die Bergbehörde gehalten, auch noch während des Be-

1) Vgl. LVG Gelsenkirchen, ZfB 95, 468.

2) So läßt auch der BGH Bd. 28 S. 225 ff., ohne nähere Erörterung bei Röstöfen die Regelung des § 26 GewO eingreifen.

3) ZfB 6, 132.

4) Vgl. oben S. 94 ff.

etriebes die in § 196 Abs. 2 ABG genannten Gesichtspunkte zu prüfen.

Das mußte zu einem eigenartigen Ergebnis führen: nunmehr galten für solche Betriebsanstalten, die im Katalog der genehmigungsbedürftigen Anlagen des § 16 Abs. 2 GewO a.F. enthalten waren, zwei verschiedene Regelungen, die bei Kollisionen mit anderen Raumnutzungsberechtigten herangezogen werden konnten. Einmal unterfielen die Betriebsanstalten wegen des Konzessionsverfahrens der Vorschrift des § 26 GewO, zum anderen galten die Normen der §§ 58, 148 ABG. Welche Kollisionsregelung bei Konflikten maßgebend war, ist - mit einer Ausnahme¹⁾ - nirgend ausdrücklich ausgesprochen worden, weil möglicherweise diese Unklarheit nicht gesehen worden ist. Überwiegend wurde freilich praktisch der bergrechtlichen Regelung der Vorzug gegeben, da die meisten Autoren den § 148 ABG anwendeten²⁾.

Durch § 16 Abs. 2 GewO in der Fassung des Luftreinhaltegesetzes ist nunmehr klargestellt, daß alle Anlagen des Bergwesens genehmigungspflichtig sind³⁾. Dementsprechend führt auch die auf Grund der Ermächtigung des § 16 Abs. 3 GewO ergangene Rechtsverordnung der Bundesregierung⁴⁾ zahlreiche Anlagen des Bergwesens⁵⁾, darunter auch Kokereien und Brikkettfabriken, auf, bei denen im Gegensatz zu § 16 Abs. 2 GewO a.F. jetzt kein Unterschied mehr gemacht wird, ob sie

-
- 1) Vgl. Ursula Lantzke, ZfB 101, 81 f, die sich ausdrücklich für den Vorrang der bergrechtlichen Regelung entscheidet.
 - 2) Vgl. Boldt, § 58 Anm. 2; Ebel-Weller, § 54 Anm. 2 D; Heinemann, Ziff. 18; Reuß-Grotefend-Dapprich, § 58 Anm. 3; § 148 Anm. 3. A.A. Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 2 b 3 und 4.
 - 3) Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, daß Anlagen des Bergwesens nicht genehmigungspflichtig seien. Vgl. Prot. DBT III/ Drucks. Nr. 301, S. 3.
 - 4) VO über genehmigungsbedürftige Anlagen nach § 16 GewO vom 4.8.1960 (BGBl. I S. 690).
 - 5) So z.B. in den Nr. 1, 3, 21, 39, 41 des § 1 der VO.

am Gewinnungsort der Mineralien betrieben werden oder nicht: Errichtung und Betrieb unterliegen nunmehr schlechthin der Genehmigungspflicht. Die Genehmigung selbst wird jedoch nicht durch die Gewerbeaufsichtsbehörde, sondern durch die Bergbehörde erteilt¹⁾.

Die Frage, ob bei diesen Anlagen nunmehr ausschließlich die Kollisionsregelung des § 26 GewO eingreift, für einen Bergschadenanspruch nach § 148 ABG also kein Raum mehr ist²⁾, stellt sich aber nach wie vor. Zwar folgen beide Kollisionsregelungen dem Eingriffsprinzip; indes bestehen in den Einzelheiten Unterschiede: so haften nach § 149 ABG mehrere Schädiger als Gesamtschuldner, während eine gleichlautende Regelung bei § 26 GewO fehlt. Die Regelung des ABG erspart also dem Grundstückseigentümer bei mehreren Verursachern einen genauen Nachweis der Schadensquote eines jeden einzelnen, während ihm im Falle des § 26 GewO die Inanspruchnahme nur eines Schädigers verwehrt ist³⁾. Hingewiesen sei auch darauf, daß bei der Bergschadenhaftung Streit über die Person des Anspruchsverpflichteten, nämlich ob Bergwerkseigentümer oder auch -besitzer, besteht⁴⁾, während bei § 26 GewO der Anspruch gegen den Störer⁵⁾, also auf jeden Fall auch gegen den Besitzer, geht.

-
- 1) Die Behördenzuständigkeit ist gem. § 155 IV GewO von den Landesregierungen durch RechtsVO zu regeln. Hierzu Ebel-Weller, § 16 GewO (ABG, Teil II 1), Anm. 3; aaO § 155 Anm. 2; Landmann-Rohmer, § 16 RdNr. 43 ff; ferner Franke, S. 82 ff.
 - 2) So ausdrücklich Ebel-Weller, § 148 Anm. 4; v. Wick, Glückauf 1962, 1247 unter 6.
 - 3) Vgl. RGZ 167, 14 (39); anders neuestens Kleindienst S. 61 ff, 75 ff.
 - 4) Über den Stand der Meinungen: vgl. Ebel-Weller, § 148 Anm. 11 d. Klargestellt nunmehr in NRW durch § 148 Abs.1 ABG i.d.F. des 4. Gesetzes zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften vom 11.6.1968 (GV. NW S. 201).
 - 5) Vgl. RGZ 155, 316 (319) m. w. Nachw.; Boldt-Steffens, § 26 Anm. 5.

bb) Zum Vorrang der Regelung des Bergrechts

Obwohl die beiden Kollisionsregelungen dem Eingriffsprinzip folgen, unterscheiden sie sich in einem wesentlichen Punkte. Während durch die Normen des Bergrechts eine bestimmte Boden- und Raumnutzung, die Mineralgewinnung und -aufbereitung, geschützt wird, wird im Falle des § 26 GewO, unabhängig von der Art der geplanten oder ausgeübten Nutzung, das Vertrauen des Betriebsinhabers zum maßgeblichen Bewertungsfaktor erhoben¹⁾.

Die günstigere Rechtsstellung erhält der Bergwerkseigentümer bereits mit der Verleihung des Bergwerkseigentums. § 58 ABG begründet nicht nur eine subjektive Befugnis, Aufbereitungsanstalten zu errichten; das darf der Bergwerkseigentümer, natürlich im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Bebauungsvorschriften, ohnehin schon auf Grund der Art. 12, 14 GG. Entscheidend ist vielmehr, daß durch die Verleihung des Bergwerkseigentums intensive Einwirkungsbefugnisse gewährt werden, weil die Interessen des Bergwerkseigentümers höher wiegen als die des Grundeigentümers. Wenn demgegenüber das Gesetz bei einigen Aufbereitungsanstalten eine zusätzliche verwaltungsmäßige Vorprüfung mit "Öffentlichkeitszwang"²⁾ festsetzt, so wird das Einwirkungsrecht des Bergwerkseigentümers, das dieser schon auf Grund der Verleihung - also mit der Begründung des Bergwerkseigentums - erworben hat, dadurch nicht mehr berührt. Bejaht man, daß allein diese Verleihung weitergehende Duldungspflichten der Grundstücksnachbarn begründet, weil anders das Bergwerkseigentum nicht ausgeübt werden kann, so kommt § 26 GewO als zusätzliche Konfliktregelung nicht zum Zuge. Der Bergwerkseigentümer bleibt ausschließlich dem Bergrecht unterstellt, und auch das Verhältnis zwischen ihm und seinen Nachbarn richtet sich nach der Kollisionsregelung des ABG.

1) Vgl. Baur, § 25 IV e aa; Kleindienst, S.45; Landmann-Rohmer, § 26 RdNr.17; Westermann, Eranion für Maridakis, S. 664.

2) So Zydek, ZfB 100,468.

Die Vorschriften des ABG dürften auch deshalb die speziellen sein, weil sie ausnahmsweise eine besondere, ganz bestimmte Bodennutzung begünstigen. Die Interessen des Bergbautreibenden gehen denen des Grundstückseigentümers vor, weil er Belange der gesamten Volkswirtschaft wahrnimmt. So gesehen beruht die bergrechtliche Kollisionslösung auf einem ähnlichen Bewertungsmaßstab, wie er schon bei den sog. lebenswichtigen Betrieben herausgestellt worden ist. Trotz der Einbeziehung mehrerer typischer bergrechtlicher Aufbereitungsanstalten in die Genehmigungspflicht des § 16 GewO wird für Schäden aus solchen Anlagen nach wie vor¹⁾ nach § 148 ABG gehaftet²⁾, sofern diese am Gewinnungsort der Mineralien errichtet sind und vom Bergwerkseigentümer selbst zur Aufbereitung seiner eigenen Mineralien betrieben werden³⁾.

5.) Der Bergschadenanspruch des § 148 ABG

Als Ausgleich für die ihm auferlegten Duldungspflichten erhält der Grundeigentümer gegenüber dem Bergwerkseigentümer einen Anspruch auf Ersatz seines Schadens (§ 148 ABG). Die Vorschrift ist nicht isoliert von den §§ 54, 58 ABG anzuwenden: ein Ersatzanspruch ist nicht immer dann gegeben, wenn dem Grundeigentümer durch den Bergwerksbetrieb - so der Wortlaut des § 148 ABG - ein Schaden zugefügt worden ist, sondern nur, wenn den Grundeigentümer gesteigerte Duldungspflichten treffen.

1) Vgl. oben S. 105 Fußn. 2.

2) Dagegen neuestens v. Wick, Glückauf 1962, 1147 unter 6; Ebel-Weller, § 148 Anm. 4.

3) Vgl. oben S. 101 f.

a) Der Bergschadenanspruch als privatrechtliche Entschädigung

Bisher ist - soweit ersichtlich - nicht daran gezweifelt worden, daß es sich bei der Ersatzpflicht des § 148 ABG um eine solche des privaten Rechts handelt.

Gleichwohl finden sich Stimmen, die die Beziehungen zwischen dem Bergwerkseigentümer, dem Grundstückseigentümer und dem Staat, der das Bergwerkseigentum verleiht, unter einigen Gesichtspunkten des öffentlichen Rechts erörtern. So meint Lindner¹⁾, in der Verleihung des Bergwerkseigentums liege eine Enteignung, die nur deshalb keinen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG enthalte, weil § 148 ABG die Benachteiligung des Grundeigentümers durch einen Entschädigungsanspruch ausgleiche. Einen ähnlichen Gedanken äußert auch Peter J. Heinemann²⁾; nach seiner Ansicht greifen die Verleihung des Bergwerkseigentums und die Entziehung des Abwehranspruchs enteignend in das Vermögen des Grundeigentümers ein und zwar in dem Augenblick, in welchem der Bergschaden auftritt³⁾. Seine Darlegungen dienen dazu, eine gegenüber dem Anspruch aus § 148 ABG subsidiäre Staatshaftung für Bergschäden begründen zu helfen.

Jedoch stellt die Verleihung des Bergwerkseigentums keinen staatlichen Eingriff dar; zwar nicht schon deshalb, weil nicht von vornherein feststeht, welches Grundstück durch den zukünftigen Bergbau betroffen wird und in welchem Maße⁴⁾. Der Kreis der möglicherweise betroffenen Grundeigentümer wird nämlich sehr wohl durch den Einwirkungsbereich des verliehenen Bergwerkseigentums abgegrenzt⁵⁾. Aber die Verlei-

1) Diss., S. 17 f.

2) NJW 67, 1306 f.

3) Heinemann, aaO, 1306 r.Sp.

4) So aber Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 43 f.

5) So mit Recht Kremer, Diss., S. 81 f.

hung des Bergwerkseigentums sagt nichts darüber aus, ob der Mineralabbau überhaupt betrieben wird, noch darüber, ob, durch Ausübung des verliehenen Rechts irgendwann einmal schädliche Folgen ausgelöst werden. Die Verleihung ist zunächst nur die förmliche Bestätigung, daß der Begünstigte nunmehr seine auf den Abbau der Mineralien gerichteten Interessen Dritten und dem Staate, der sich gemäß § 2 ABG die Aufsuchung und Gewinnung bestimmter Mineralien vorbehalten hat, gegenüber wahrnehmen darf¹⁾. Die Verleihung des Bergwerkseigentums kann daher keine Enteignung sein²⁾. Erst die Besonderheiten des Bergbaues, die mit Sicherheit eintretende Beeinträchtigung des Oberflächeneigentums, haben den Gesetzgeber gezwungen, auch das Verhältnis des Bergwerkseigentümers zum Grundeigentümer genauer auszugestalten, mithin den Inhalt des verliehenen Rechts näher zu umschreiben³⁾. Allen-

- 1) Eine Verleihung ist da erforderlich, wo Bergbaufreiheit besteht, der Abbauberechtigte also erst durch konstitutiven Staatsakt festgestellt werden muß. Dieser Staatsakt wirkt gegenüber Dritten, die ein "besseres Recht" für sich in Anspruch nehmen. Vgl. Westermann, ZfB 106, 125 f; in gleichem Sinne Turner, ZfB 109, 187. Das durch die Verleihung entstehende Bergwerkseigentum übernimmt so die Funktion der Sicherung einer formalen Ordnung, Westermann, aaO, S. 125 a.E.
- 2) Gegen den Enteignungscharakter der Verleihung daher zu Recht Kremer, Diss., S. 81 ff; Turner, NJW 68, 87; ders. ZfB 109, 187, 191.
- 3) Das gleiche gälte übrigens auch, wenn statt einer Verleihung des Bergwerkseigentums der Weg einer Abbaukonzession gewählt wäre. Auch müßte zwischen der Sicherungsfunktion der Konzession und ihren privatrechtlichen Auswirkungen unterschieden werden. Bezeichnenderweise behält daher Isay in seinem Entwurf eines Bundesberggesetzes das Institut der Verleihung des Bergwerkseigentums bei (§ 20), will aber die bergbaulichen Interessen im Wege einer nach Enteignungsgrundsätzen konstruierten Regelung durchsetzen (§ 48), Entwurf, S. 35, 48, 98 ff. Hierzu H.W. Schulte, Festschrift für R. Isay, S. 28 ff.

+hier

falls diese inhaltliche Ausgestaltung, wie sie in den §§ 54, 58, 148 ABG zum Ausdruck kommt, kann demnach Ansatzpunkt für die Überlegung sein, ob eine Enteignung gegeben ist¹⁾.

Jedoch ist hier bereits die Frage falsch gestellt. Die Wahl des Eingriffsprinzips zur Lösung eines unausweichlichen Interessenkonflikts, die sich in einem Entzug negatorischer Befugnisse äußert, ist niemals ein Eingriff im Sinne des Enteignungsrechts, jedenfalls sofern der Betroffene einen privatrechtlichen Ausgleichsanspruch erhält. Das ist bereits früher ausgeführt worden²⁾. Vielmehr handelt es sich bei der Kollisionsregelung des ABG ebenso wie bei der des § 26 GewO um eine Inhaltsbestimmung des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG³⁾⁴⁾.

Zu einer Enteignung wird diese Kollisionsregelung auch nicht deshalb, weil der Mineralabbau volkswirtschaftlich erforderlich und daher die Allgemeinheit am Bestehen einer Bergbau-

-
- 1) Einen weiteren Weg versucht Turner, NJW 68, 87 und ZfB 109, 191. Er meint, da in den Bestimmungen des ABG das Abwehrrecht des Grundeigentümers nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei, komme als enteignender Eingriff letztlich die Rechtsprechung in Frage, die die §§ 54, 148 stets in dieser für den Grundeigentümer nachteiligen Weise ausgelegt habe. Es dürfte jedoch müßig sein, diesem Weg nachzugehen; denn die Auslegung der Rechtsprechung ist unbezweifelbar richtig. Anders als mit Hilfe des Eingriffsprinzips hätte der Konflikt überhaupt nicht gelöst werden können. Vgl. auch oben S. 83 ff, 86.
 - 2) Vgl. oben S. 66 ff, 69 ff.
 - 3) Vgl. H. Schulte, ZfB 106, 167; gegen eine Enteignung wohl auch Turner, NJW 68, 87; ders., ZfB 109, 186 ff.
 - 4) Interessant ist der Versuch Isay's, Grundabtretung und bergmännisches Einwirkungsrecht enteignungsrechtlich zu konstruieren, sie also von einer behördlichen Ermächtigung, die im Regelfall durch die Betriebsplanzulassung ersetzt wird, abhängig zu machen. Das verpflichtet ihn, für den Einzelfall eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen. Vgl. Entwurf, S. 41, 99, 101. Zum Verhältnis zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher (enteignungsrechtlicher) Konstruktion von Einwirkungsrechten: H. Schulte, Diss., S. 90 ff; ders., ZfB 106, 166 ff.

industrie interessiert sei¹⁾. Solange ein privater Unternehmer ein privates Recht ausübt, kann eine Vorzugsstellung gegenüber anderen Privatrechtssubjekten nicht deshalb als Enteignung qualifiziert werden, weil auch die Allgemeinheit an jener Tätigkeit ein Interesse hat. Vielmehr legitimiert dieses Interesse den Gesetzgeber erst dazu, normative Eigentumsbindungen zu schaffen, um das Eigentum gegen den übergeordneten kollidierenden Wert des Bergwerkseigentums abzugrenzen²⁾. Die Befugnis zur Inhaltsbestimmung des Eigentums ist von hier aus legitimiert³⁾, aber sie äußert sich nicht als Enteignung.

Allgemeine Erwägungen wie die, daß der Staat das Bergwerkseigentum geschaffen habe und nunmehr zusehen müsse, daß der durch Ausübung dieses Rechts betroffene Grundstückseigentümer auch seinen Anspruch realisieren könne⁴⁾, sind, weil ausschließlich auf einem undifferenzierten und daher unmaßgeblichen Rechtsgefühl beruhend, nicht überzeugend. Daß der Bergschadenanspruch nicht verwirklicht werden kann, weil Bergwerke stillgelegt sind und ein Ersatzverpflichteter fehlt, ist für den Betroffenen unangenehm, muß aber nach dem augenblicklichen Rechtszustand in Kauf genommen werden. Die gekünstelte Konstruktion einer subsidiären Staatshaftung⁵⁾ hilft hier nicht weiter.

1) In diesem Sinne Peter J. Heinemann, NJW 67, 1307.

2) Vgl. BVerwGE 2, 172 (174); 3, 335 (337); 5, 171 (175); Bender, NJW 65, 1298.

3) Vgl. Bender, NJW 65, 1298 u. Fußn. 6.

4) Vgl. hierzu auch Stoßberg, ZfB 106, 196 f; Turner, S. 290. Weitere Nachw. Turner, NJW 68, 85 Fußn. 1, 2.

5) So aber Heinemann, NJW 67, 1306; ähnlich Turner, S. 290; gegen Enteignung jetzt ders., NJW 68, 87 a.E.

b) Die Rechtsnatur des Bergschadenanspruchs

Die Feststellung, daß es sich bei der Bergschadenhaftung um einen privatrechtlichen Entschädigungsanspruch handelt, führt zu der weiteren Frage, welcher Haftungsart § 148 ABG angehört. Die Annahme einer reinen Verursachungshaftung scheidet von vornherein aus, da die "wertblinde Verursachung als solche"¹⁾ niemals für sich allein einen ausreichenden Haftungs- und Zulassungsgrund bildet. Zum Teil wird die Entschädigungspflicht des Bergbautreibenden - insbesondere in der älteren Literatur²⁾ - als eine Gefährdungshaftung angesehen. Dagegen mehren sich neuerdings die Stimmen, die § 148 ABG entweder als Ausgleichsanspruch eigener Art³⁾ oder als Unterfall der Aufopferungshaftung⁴⁾ werten.

In welche Haftungsart § 148 einzureihen ist, wird deutlich, wenn die zwischen Gefährdungs- und Aufopferungshaftung bestehenden Unterschiede geklärt sind.

Unter der Bezeichnung Aufopferungshaftung verbirgt sich die Haftung für erlaubte Eingriffe in fremde Rechte auf Grund übergeordneten privaten oder öffentlichen Interesses, wie

1) Vgl. Esser, Gefährdungshaftung, S. 92 ff; Larenz, VersR 1963, 593 (597).

2) Vgl. Arndt, § 148 ABG; Boldt, § 148 Anm. 1 d; Ebel, § 148 Anm. 1; Enn.-Nipperdey, § 217 II 7; Esser, Gefährdungshaftung, S. 12; Isay, § 148 Anm. 14; Vorbem. 3; Kuhnt, Glückauf 1948, 61 ff; Meisner-Stern-Hodes, § 44 II, S. 801 Fußn. 6; Müller-Erbach, S. 341; Reuß-Grotefend-Dapprich, § 148 Anm. 5; Heinemann, Bergschaden, Ziff. 3. RGZ 66, 73 (75); OLG Hamm, ZfB 68, 251 (253); beiläufig: BGHZ 27, 149 (155) = ZfB 99, 216 (219); BVerfGE 10, 89 (111).

3) Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 45 f; Kremer, S. 80 ff; ders., NJW 58, 1766; H. W. Schulte, ZfB 91, 311; ders., Festschrift für R. Isay, S. 32; ders., ZfB 106, 179; Wecks, ZfB 90, 351 (354); Wolff-Raiser, § 97 IV.

4) So schon früher Michaelis, S. 101 ff; wohl auch Bienenfeld, S. 236 ff; Bartsch, S. 7 ff; Lindner, S. 20 ff; H. Schulte, ZfB 107, 188 ff; zust. P.J. Heinemann, NJW 67, 1306.

sie zahlreichen Vorschriften, z. B. den §§ 904, 912, 917, 867, 1005, 962 BGB, 26 GewO und § 2 Abs. 3 TelWG¹⁾²⁾ zugrunde liegt. Diese Haftungsart ist als selbständig anerkannt³⁾.

Die Bezeichnung lehnt sich an den Wortlaut des § 75 EinlALR an, nach dem bereits der Entschädigungsanspruch wegen Entzuges der Abwehrklage auf Grund übergeordneten öffentlichen Interesses (sog. nachbarrechtlicher Aufopferungsanspruch)⁴⁾ benannt ist.

Ein erlaubter Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, wie er den Aufopferungstatbeständen wesenseigentümlich ist, stellt sich als eine rechtmäßige Handlung dar. Bei der Gefährdungshaftung ist eine solche Handlung, deren Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit Anknüpfungspunkt einer Haftung des Ersatzpflichtigen sein könnte, dagegen nicht feststellbar. Die Gefährdungshaftungstatbestände normieren eine Einstandspflicht für ein mit typischen Gefahren für das Gemeinschaftsleben verbundenes Verhalten⁵⁾. Dieses Verhalten setzt sich aus einzelnen Willensbetätigungen zusammen, die sich über einen längeren Zeitraum hin erstrecken und als Unternehmen, Halten oder Betrieben zu einer rechtlichen Einheit zusammengeschlossen sind. Handlung im Sinne des Rechtswidrigkeitsbegriffs ist demgegenüber der konkrete Einzelakt, der zu einer Schädigung geführt hat. Eine solche Einzelhandlung des Ersatzpflichtigen aber läßt sich bei den Gefährdungshaftungstatbeständen häufig gar nicht feststellen, Eine Haftung soll jedoch auch dann bestehen, wenn der Schaden auf ein

-
- 1) Vgl. BGH MDR 62, 286, der diese Norm mit § 904 BGB vergleicht.
 - 2) BGHZ 28, 225 entwickelt eine solche Eingriffsbefugnis auch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis.
 - 3) Vgl. Hubmann, ACP 155, 129 ff; ders., JZ 58, 489 ff; Hensen, Diss. Hamburg 1961; H. Schulte, Diss. Münster 1964; Enn.-Nipperdey, § 218 I; Fikentscher, S. 605; BGHZ 16, 366 (369); OLG Oldenburg, NJW 58, 1096.
 - 4) Vgl. oben S. 63 f.
 - 5) Enn.-Nipperdey, § 217 I; Esser, SchR, § 59, 2; Larenz II, § 71 I; BGHZ 24, 26.

plötzliches und unvorhergesehenes Versagen technischer Einrichtungen zurückzuführen ist oder sogar auf mechanische Auswirkungen eines technischen Vorganges¹⁾.

Als Haftung für eine Handlung im eigentlichen Sinne läßt sich die Gefährdungshaftung in diesen Fällen nur begreifen, wenn der Handlungsbegriff nicht nur mehr einen konkreten Einzelakt beschreibt, sondern wenn auf die Summe zielgerichteter Willensbetätigungen abgestellt wird²⁾. Aber es ist zweifelhaft, ob mit einem solchen erweiterten Handlungsbegriff viel gewonnen wäre; das Verhalten des Unternehmers, Kraftfahrzeughalters oder des Inhabers einer gefährlichen Anlage ist insgesamt, unabhängig von dem schadenstiftenden Ereignis erlaubt, und zwar wegen seines "individuellen oder gesellschaftlichen Wertranges"³⁾. Es kann nicht nur wegen eines schadenstiftenden Ereignisses insgesamt rechtswidrig werden. Das gilt deshalb besonders dann, wenn gerade die verantwortlichen Personen pflichtgemäß gehandelt und die einschlägigen Vorschriften und Anweisungen beachtet haben; denn das Merkmal "rechtswidrig" ist, soweit es um Haftung für Handlung geht, auf menschliches Tun und nicht auf technische Vorgänge bezogen⁴⁾. Von einer Haftung für Handlung und damit für Handlungsunrecht läßt sich nach alledem bei der Gefährdungshaftung nicht sprechen, außer man flüchtet sich - wie Esser⁵⁾ bemerkt - in die Fiktion, daß die "Aktivität der Sache eine solche des Besitzers" sei. Der innere Grund für die Gefährdungshaftung kann nur darin gesehen werden, daß derjenige, der die Gefahrenquelle - wenn auch nur im allgemeinen - beherrscht und dem sie von Nutzen ist, das Schadensrisiko tragen muß⁶⁾. Ihr ist eigentümlich, daß dieses

1) Vgl. Larenz II, § 71 I; ders., VersR 63, 597.

2) So etwa Ballerstedt, VEnergR 7/8, S. 8 ff, 14.

3) Ballerstedt, aaO, S. 14.

4) Larenz, VersR 63, 598.

5) Gefährdungshaftung, S. 94.

6) Vgl. Enn.-Nipperdey, § 208 II 1; Esser, § 212, 1; Larenz II, § 71 I; ders., VersR 63, 597; BGHZ 24, 26.

Risiko durch den Begriff des inneren Zusammenhanges oder durch den Ausschluß solcher Unfälle von der Haftung beschränkt ist, die auf höherer Gewalt oder unabwendbarem Zufall beruhen, oder daß die Haftungssumme der Höhe nach begrenzt ist¹⁾.

Aber auch, wenn man annimmt, Grundlage der Gefährdungshaftung sei die Rechtswidrigkeit des schädlichen Ereignisses, also ein Erfolgsunrecht statuiert, lassen sich die Unterschiede zwischen ihr und der Aufopferungshaftung klar aufzeigen. Es ist zwar zweifelhaft, ob es ein solches Erfolgsunrecht bei der Gefährdungshaftung überhaupt geben kann²⁾; denn das Merkmal "rechtswidrig" kennzeichnet menschliches Verhalten und bezieht sich nicht auf Vorgänge, die von Menschen nicht beherrscht und gesteuert werden können, wie sie sich z.B. in einem plötzlichen Versagen technischer Einrichtungen äußern können³⁾. Ein menschliches Tun ist in diesen Fällen eben nicht festzustellen. Nicht die Ursächlichkeit eines bestimmten Handelns für einen bestimmten Erfolg begründet also die Haftung, sondern diese beruht auf der Zurechnung eines Schadensrisikos. Indes ist nicht zu leugnen, daß derjenige, der eine Gefahrenquelle setzt, den Verletzungserfolg auf jeden Fall vermeiden muß; das Verletzungsverbot bleibt also bestehen. Anders dagegen bei der Aufopferungshaftung: das Verletzungsverbot ist aufgehoben, und der Haftende darf den schädlichen Erfolg herbeiführen, ja er muß es sogar, wenn er seinen vorrangigen Interessen nachgehen will. Damit ist aber auch der schädliche Erfolg selbst von der Rechtsordnung gebilligt⁴⁾.

1) Vgl. im einzelnen Larenz, VersR 63, 598 f.

2) Vgl. Larenz, VersR 63, 598; BGHZ 24, 21 ff; H. Schulte, ZfB 107, 189.

3) Larenz, aaO.

4) Ebenso H. Schulte, ZfB 107, 189 f; Hubmann, JZ 58, 493.

Mißt man an diesen Kriterien die Bergschadenhaftung des § 148 ABG, so kann nicht zweifelhaft sein, daß sie in die Reihe der Aufopferungstatbestände gehört. Der Bergwerkseigentümer haftet nicht, weil ihm ein bestimmter Risikobereich zugerechnet wäre, sondern weil er - wenn auch rechtmäßig - durch den Abbau der Mineralien handelt und hiervon allein Vorteile hat, so daß ein Ausgleich geboten ist. Da Bergbau ohne Oberflächenbeschädigung nicht möglich ist, wäre ein Verletzungsverbot sinnlos. Bergschäden lassen sich nicht wenigstens theoretisch vermeiden¹⁾, wie ein Unglücksfall aus einem Unternehmen, Halten oder Betreiben.

Der Bergwerkseigentümer darf daher auch dann weiter handeln, wenn er mit Gewißheit einen Schaden herbeiführt²⁾³⁾. Das ist auch folgerichtig, weil die Durchsetzung der von der Rechtsordnung als höherwertig erkannten Interessen auf andere Weise nicht möglich ist⁴⁾⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Wecks, ZfB 90, 354; zust. H.W. Schulte, ZfB 91, 312; ähnlich auch H. Schulte, ZfB 107, 189.
 - 2) Darauf stellt Michaelis, aaO S. 93, als Unterscheidungsmerkmal zwischen Gefährdungs- und Aufopferungshaftung ab.
 - 3) Daß § 148 ABG nicht als Haftung für Unglücke gedacht war, zeigt auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift; vgl. H. Schulte, ZfB 107, 191; H. W. Schulte, ZfB 91, 314 ff.
 - 4) Vgl. Hubmann, JZ 58, 489 (492); Hemsen, S. 168 f; ähnlich Michaelis, S. 107 Anm. 92; H. Schulte, Diss., S. 134 f.
 - 5) Zur Abgrenzung des § 148 von der Grundabtretung, insbes. einem Zubruchbauen der Oberfläche, vgl. H. Schulte, ZfB 107, 193.

V. Die Aufopferungshaftung des bürgerlichen Rechts

Den Begriff der Aufopferungshaftung hat auch schon früher das Reichsgericht verwendet, nur meinte es damit einen wesentlich engeren Tatbestand. Als "privat- oder bürgerlich-rechtliche Aufopferung" wurden nur die Fälle bezeichnet, in denen dem Eigentümer auf Grund überwiegenden öffentlichen Interesses die "an sich" gegebene Abwehrklage entzogen war und ihm hierfür ein Ersatzanspruch zugebilligt wurde¹⁾.

Heute versteht man unter Aufopferungshaftung die Einstandspflicht für gesetzlich erlaubte Eingriffe in private Vermögensrechte wie etwa Eigentum und Besitz²⁾. Die besonderen Eigenarten, die die Aufopferungshaftung gegenüber den Tatbeständen der Gefährdungshaftung auszeichnen, zwingen dazu, auch die Frage nach der Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB erneut zu überdenken.

1.) Die gesetzlichen Anwendungsfälle des Aufopferungsprinzips und § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB

Fast alle Kennzeichnungen, die im vorhergehenden Kapitel als für die Aufopferungshaftung charakteristisch entdeckt worden sind, finden sich nämlich bei dem Ausgleichsanspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB wieder. So handelt auch der ortsüblich nutzende Immittent, der alles Zumutbare getan hat, um schädliche Auswirkungen seiner Nutzung zu vermeiden, rechtmäßig, und auch der schädliche Erfolg wird von der Rechtsordnung gebilligt. Sieht man das Kriterium der Aufopferungshaftung vornehmlich in dem erlaubten Eingriff und dem rechtmäßigen Erfolg, müßte auch § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in dieser

1) Den Ausdruck "Aufopferungsanspruch" verwendete das RG seit der Entscheidung RGZ 159, 129 (135); ferner 167, 14 (25 f); vgl. oben

2) Vgl. oben

Haftungsart eingereicht werden; eine Beeinträchtigung "über das zumutbare Maß hinaus" wäre dann der Eingriff, der zum Ausgleich nötigte. So gesehen aber würde der Terminus "Eingriff" nicht so sehr einen Bewegungsablauf, den er sprachlich eigentlich darstellt, bedeuten, sondern einen Zustand, der sich auf einer Seite als besonders schweres Opfer erweist. Aufopferungshaftung würde hiernach sein die Einstandspflicht für ein zwar erlaubtes, aber mit besonders schweren Einbußen verbundenes Handeln.

Definiert man die Aufopferungshaftung in diesem Sinne, muß auch der Ausgleichsanspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB dazugerechnet werden. Das ist, weil auf einer bestimmten Terminologie beruhend, nicht zu widerlegen. Es fragt sich aber, ob so Wesen und Sinn dieser Haftungsart zutreffend umschrieben werden. Damit das Wesen des Aufopferungsanspruchs herausgestellt werden kann, sollte nicht danach gesucht werden, wie groß das Opfer ist, das der Betroffene erbringen muß, sondern danach, warum ihm dieses Opfer abverlangt wird.

In den gesetzlich geregelten Fällen dieser Haftungsart darf sich stets ein höherwertiges Interesse auf Kosten des geringerwertigen durchsetzen: stets muß der Betroffene seine Abwehrinteressen einseitig zu Gunsten der Einwirkungsinteressen des Interessengegners aufopfern. So wird bei § 26 GewO das Vertrauen des Betriebsinhabers auf die einmal ausgesprochene Konzession auf Grund deren er Kapital und Arbeitsaufwand investiert hat, geschützt¹⁾. Bei der Regelung des Interessenwiderstreits zwischen Bergbau und Grundeigentum ist die Bedeutung des Mineralabbaus für die gesamte Volkswirtschaft ausschlaggebend, in den Fällen des nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruchs die Wichtigkeit der von den lebenswichtigen Betrieben auszuführenden Aufgaben. § 904 BGB dient der Rettung des wertvolleren Rechtsguts bei

1) Vgl. Westermann, Eranion für Maridakis, S. 664; Klein-dienst, S. 45; Landmann-Rohmer, § 26 RdNr. 17.

dessen Gefährdung¹⁾. Durch § 912 BGB werden erhebliche wirtschaftliche Werte vor der Zerstörung bewahrt²⁾, wobei ein Schutzbedürfnis des Überbauenden nur bei leichter Fahrlässigkeit anerkannt wird. In § 917 BGB wiegt die Möglichkeit ordnungsgemäßer Nutzung des eingeschlossenen Grundstücks stärker als die ungestörte Nutzung des Nachbargrundstücks, das den Vorteil eines Anschlusses an einen öffentlichen Weg genießt. Die gesetzlichen Verfolgungsrechte schließlich konstituieren eine Art "Notrecht"³⁾, das auf dem Gedanken beruht, daß das Recht des früheren Herrschaftsberechtigten stärker wiege als das Abwehrrecht desjenigen, in dessen Herrschaftsbereich die Sache (oder in § 962 BGB: der Bienen-schwarm) gelangt ist.

Allen diesen gesetzlich geregelten Eingriffsbefugnissen ist also wesenseigentümlich, daß sie auf einer Interessenbewertung beruhen, die die kollidierenden Interessen ungleich bewertet. Das besondere Opfer wird dem Betroffenen auferlegt, weil sich anders das höhere Interesse nicht durchsetzen kann. Bei § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB werden aber nicht die aus einer ungleichen Interessenbewertung sich ergebenden Nachteile ausgeglichen, sondern nur tatsächliche Ungleichheiten korrigiert, die sich trotz gleicher Interessenbewertung und Zuweisung gleicher Befugnisse ergeben⁴⁾.

Bei den Aufopferungsfällen ist demnach die ungleiche Behandlung der Interessenträger gesetzlich angeordnet; bei § 906 Abs. 2 BGB ergibt sie sich nur zufällig. Dieser grundlegende Unterschied zwischen § 906 Abs. 2 BGB und den Fällen des Aufopferungsprinzips nötigt dazu, beide Haftungsarten klar voneinander zu trennen, wenn es darum geht, das Wesen

1) Westermann, Lehrb., § 28 III 1.

2) Westermann, Lehrb., § 64 II 1.

3) Fikentscher, § 112 III 2.

4) Vgl. oben S. 28 ff.

dieser Entschädigungsansprüche herauszustellen und nicht bei äußerlichen Ähnlichkeiten haften zu bleiben. Allenfalls mag man § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB als "aufopferungsähnlichen" Fall qualifizieren; denn auch hier handelt es sich um den Ausgleich von Folgen, die aus einer Interessenbewertung entstehen, und die auf Grund der besonderen Verhältnisse nur einzelne tragen müssen, während andere davon nur Vorteile haben.

2.) Der Entzug der Abwehrklage als Rechtsgrund der Aufopferungshaftung?

Wie bereits mehrfach ausgeführt, pflegt die Rechtsprechung die Aufopferungshaftung nicht auf die Einbuße an Vermögensrechten zu Gunsten überwiegender Interessen zu stützen, sondern leitet sie aus folgendem allgemeinen Rechtsgedanken ab: der Eigentümer oder Besitzer könne einen vom Nachweis des Verschuldens unabhängigen Entschädigungsanspruch geltend machen, wenn ihm aus besonderen Gründen oder durch Sondernormen die "an sich" gegebene Abwehrklage entzogen worden sei¹⁾²⁾. Diesen Rechtsgedanken sieht sie vornehmlich in den §§ 904 BGB, 26 GewO, 74, 75 EinlALR verwirklicht.

Jedoch enthält nur § 26 GewO diesen Grundsatz. Dagegen sprechen die anderen rechtsähnlichen Normen der §§ 904, 912, 917, 867, 1005, 962 BGB lediglich davon, daß bestimmte Einwirkun-

1) Vgl. oben S. 63 ff.

2) Neuerdings hat der BGH (Bd. 41 S. 164 f) diesen Satz in Richtung auf einen allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch ausgedehnt (vgl. hierzu allgemein Hubmann, JZ 58, 489 ff; Hemsen, Diss. Hamburg 1961). In seiner Entscheidung stellt er den Satz auf, daß jemand, der von einer ihm nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zustehenden Befugnis keinen Gebrauch machen könne, angemessen entschädigt werden müsse. Dieser Rechtsgedanke wird auf §§ 26 GewO, 906 II 2 BGB sowie auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützt (es handelte sich um den Ausschluß eines Wegnahmerechts gemäß § 997 BGB durch Vorschriften der Wohnraumbewirtschaftung).

gen oder Tätigkeiten erlaubt seien oder geduldet werden müßten. § 74 EinlALR ferner besagt allgemein nur, daß einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles nachstehen müßten, wenn zwischen ihnen ein wirklicher Widerspruch bestehe.

Zutreffend ist daher der Standpunkt zu eng, daß Voraussetzung eines solchen Anspruchs die Versagung der Abwehrklage sei. Vielmehr ist allen diesen Normen gemeinsam, daß sie bestimmte Interessen privilegieren und dadurch Eingriffsbefugnisse schaffen, die über den normalen oder allgemeinen Eigentumsinhalt hinausgehen. Die Formel von der "an sich" gegebenen, aber durch Sondernormen entzogenen Abwehrklage verdeckt nur den wahren Grund für die Zubilligung des Entschädigungsanspruchs. Die Entziehung negatorischer Befugnisse auf Seiten des benachteiligten Interessenträgers ist lediglich das rechtstechnische Mittel, mit dessen Hilfe die Befugnisse der sich in unausweichlichem Konflikt gegenüberstehenden Interessenträger abgegrenzt werden, nicht Grund der Haftung.

Zudem kann die Begründung, die die Rechtsprechung den Aufopferungsfällen gegeben hat, zu Mißverständnissen Anlaß geben. So wird manchmal gesagt, daß die allgemein - wenn auch nicht nach BGB - erlaubten Folgen eines gesetzlich gestatteten Tuns "rechtswidrig" seien¹⁾. Da alle Normen Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind, sind ein erlaubtes Handeln oder dessen erlaubte Folgen stets rechtmäßig²⁾. Eine Abwehr-

1) RGZ 63, 374 (376); 78, 202 (206); 84, 298 (303); 101, 102 (105); 122, 134 (138); 155, 154 (156); 166, 218 (239); so auch ausdrücklich OLG Hamm, BB 64, 1272, wo Staubeinwirkungen aus einem Autobahnbau rechtswidrig genannt werden.

2) Ablehnend daher mit Recht Hubmann, JZ 58, 492; Hemsen, Diss., S. 41 ff; Wolff-Raiser, § 53 Fußn. 21; Staudinger-Seufert, § 906 Anm. 49. Im Ergebnis ebenso: Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 18 (für § 26 GewO); H. Schulte, Diss., S. 134; ders., ZfB 107, 188.

klage gibt es nicht nur "an sich" nicht, sondern hat es niemals gegeben. Hypothetische Erwägungen derart, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn es diese oder jene Normen nicht gäbe, sind fehl am Platze. Sie führen nur zu weiteren Fehlern¹⁾.

Nun ist diese Formel von der "an sich" gegebenen, aber durch Sondernormen entzogenen Abwehrklage für den nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruch entwickelt worden. Den durch Einwirkungen lebenswichtiger Betriebe geschädigten Nachbarn sollte ein Geldanspruch zugebilligt werden, weil sie im Interesse der Allgemeinheit von solchen Betrieben herrührende Beeinträchtigungen nicht mit der Unterlassungsklage bekämpfen konnten. Da hier gesteigerte, d.h. über § 906 BGB a.F. hinausgehende Duldungspflichten geschaffen wurden, war es sachgerecht, die allgemeinen und die besonderen Duldungspflichten durch das Merkmal der "an sich" gegebenen Abwehrklage voneinander abzugrenzen. Es diente damit als gedankliches Hilfsmittel. Da § 906 BGB a.F. einen Geldausgleich nicht vorsah, konnte mit der Prüfung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der "an sich" gegebenen, aber durch Sondernormen entzogenen Abwehrklage der Fehler vermieden werden, daß dem klagenden Nachbareigentümer eine Entschädigung zugebilligt wurde, obwohl er die Einwirkungen als ortsüblich entschädigungslos zu dulden gehabt hätte.

Da die besonderen Duldungspflichten der §§ 26 GewO, 54, 58 ABG und diejenigen, die gegenüber Einwirkungen aus lebenswichtigen Betrieben bestehen, weiter gehen als die allgemeinen nach § 906 BGB, ist das gedankliche Hilfsmittel von der

1) So sollten in der Entscheidung RGZ 159, 68 die klagenden Imker von den beklagten Hüttenwerken gem. § 823 BGB Schadensersatz verlangen können, wenn deren leitende Personen wußten oder wissen mußten, daß die nach § 26 GewO erlaubten Zuführungen zur "naheliegenden Möglichkeit der Schädigung anderer" führten. In ständiger Rechtsprechung hatte das RG auch vertreten, da der Abwehranspruch in die Zukunft wirke, könne auch der Ersatzanspruch ohne Nachweis eines Verschuldens erst für solche Schäden geltend gemacht werden, die nach Klageer-

Entziehung der "an sich" gegebenen Abwehrklage insofern auch heute noch brauchbar, nämlich deshalb, weil § 906 Abs. 2 BGB einen Geldausgleich nur unter stark einschränkenden Voraussetzungen vorsieht. Bei Interessenkonflikten zwischen privilegierten Unternehmungen einerseits und Grundstückseigentümern andererseits muß daher stets ermittelt werden, wie sich die Rechtslage nach der allgemeinen Norm des § 906 BGB darstellen würde.

Das soll an Hand eines vom Reichsgericht entschiedenen Falles verdeutlicht werden:¹⁾

Ein Bergwerksunternehmen hatte auf einem seiner Grundstücke zwei 40 m hoch aufgeschüttete Halden errichtet, die einer benachbarten Windmühle bei bestimmten Windrichtungen den Wind entzogen und die Betriebsfähigkeit der Mühle erheblich beeinträchtigten.

Das Reichsgericht gewährte dem auf Schadensersatz klagenden Mühlenbesitzer aus dem Gesichtspunkte des § 148 ABG einen Ausgleich seiner Nachteile und führte dabei zur Begründung aus²⁾:

"Im vorliegenden Falle kann die schädliche Aufschüttung der Halden nicht als eine in Ausübung des der Beklagten an ihrem Grundstück zustehenden Eigentumsrechts vorgenommene Handlung gelten, sondern ist in ihrem Betriebe geschehen und unterliegt der Vorschrift des § 148 ABG... Diese Vorschrift bezweckt, eine mögliche Ausgleichung der Nachteile herbeizuführen, die dem Grundeigentümer durch Ausübung der dem Bergwerkseigentum von der Gesetzgebung eingeräumten Rechte erwachsen..."³⁾

Der Entscheidung kann deshalb nicht zugestimmt werden, weil das Reichsgericht - wie schon der kurze Ausschnitt aus den Entscheidungsgründen zeigt - § 148 ABG isoliert anwendete

hebung entstanden seien (RG Gruchot 50, 412; JW 15, 600 Nr. 33; RZ 104, 85; 105, 214; 127, 32). Aufgegeben seit RGZ 139, 29 (34 f).

1) RGZ 49, 281 - ZfB 43, 223.

2) RGZ 49, 281 (284).

3) Zustimmung Meisner-Stern-Hodes, § 44 II 5.

und dabei übersah, daß ein Bergschadenanspruch nur dann zu gewähren ist, wenn dem Grundeigentümer Duldungspflichten nach den §§ 54, 58 ABG auferlegt sind. Die Aufschüttung der Halden war auch schon nach BGB zulässig, die besonderen Befugnisse aus dem Bergwerkseigentum brauchten nicht bemüht zu werden. Wenn der Bergwerkseigentümer die Halden aber schon auf Grund seines Eigentums am Grund und Boden errichten durfte, handelte es sich bei der Entziehung des Windes um eine sog. negative Einwirkung, die mit der Unterlassungsklage des § 1004 BGB nicht bekämpft werden konnte¹⁾. Da insoweit schon die allgemeine Duldungspflicht des Nachbarn eingriff, war ihm ein Schadensersatz aus § 148 ABG zu versagen²⁾³⁾.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden: Der Grund für eine Entschädigungspflicht in Fällen des Eingriffs- oder Aufopferungsprinzips ist nicht der Entzug der Abwehrklage, sondern die einseitige Begünstigung eines der kollidierenden Interessen, die den Berechtigten ermächtigt, in die Rechtssphäre des Betroffenen einzugreifen, und ihm deshalb ein besonderes Opfer abnötigt⁴⁾. Die Formel von der Entschädigung wegen Entzuges der an sich gegebenen Abwehrklage behält jedoch als gedankliches Hilfsmittel dort seine Bedeutung, wo

1) Vgl. Westermann, § 63 II 1 m.w.Nachw.

2) Ebenso Heinemann, Bergschaden, Ziff. 17.

3) Eine andere Frage ist, ob nicht aus dem Gesichtspunkt des auch im Verhältnis zwischen Grund- und Bergwerkseigentümer bestehenden nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis - vgl. RG ZfB 78, 448 (457); zust. Boldt, Glückauf 1939, 920 ff - die Pflicht zur Zahlung eines Geldausgleichs abgeleitet werden muß. Dies könnte insbesondere dann gelten, wenn der Bergwerkseigentümer die Halden auf einem anderen Grundstück hätte errichten können, so daß sich die Beeinträchtigung des Mühlenbesitzers hätte vermeiden lassen.

4) Vgl. Hubmann, JZ 58, 491.

gesteigerte Duldungspflichten zu sichern versuchen, daß sich ein als höherwertig erkanntes Interesse auf jeden Fall durchsetzen kann¹⁾.

3.) Das Verhältnis der besonderen privaten Immissionsvorschriften zu § 906 BGB

a) § 906 BGB als grundlegende Kollisionsnorm

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. November 1932²⁾ ist Allgemeingut, daß ein Entschädigungsanspruch aus den §§ 26 GewO, 148 ABG nur durchgreifen kann, wenn das Maß der durch die allgemeine Norm des § 906 BGB gestatteten Einwirkungen überschritten, die allgemeine Duldungspflicht also erschöpft ist³⁾. Das gilt in gleicher Weise für den Ersatz-

1) Manche zählen auch § 905 BGB zu den Aufopferungsfällen. So wird dem duldungspflichtigen Eigentümer von der h.M. nach den Grundsätzen der privatrechtlichen Aufopferung ein Ersatzanspruch gewährt, obwohl der Gesetzgeber die Duldungspflicht offensichtlich als ersatzlos gedacht hatte; so z.B. Erman-Westermann, § 905 Anm. 5; RGRK, § 905 Anm. 12; Staudinger-Seufert, § 905 Anm. 12 m.w.Nachw. Das ist jedoch zweifelhaft, weil § 905 Satz 2 BGB nicht ein weitergehendes Eigentum, das durch Satz 1 zugewiesen wäre, einschränkt, sondern das Ergebnis der Interessenbewertung, den Wertmaßstab, enthält. Im hier verstandenen Sinne (vgl. oben S. 9 f) verkörpert Satz 1 die (wertneutralen) "Begehrensvorstellungen" des Eigentümers, während das Interesse in § 905 Satz 2 BGB das bewertete Interesse ist. Dieses Interesse ist gleichsam das Produkt der im Wege der Auslegung vorgenommenen konkreten Bewertung, die sich an Hand aller Faktoren (Höhe und Tiefe der Einwirkungen, mittelbare oder unmittelbare Nachteile und Beeinträchtigungen) durch den Richter vollzieht. Gegen eine Entschädigung in diesen Fällen daher zu Recht: Glaser-Dröschel, S. 92 f; Baur, § 25 II 2 b ("mangelndes Opferinteresse").

2) RGZ 139, 29 - RG ZfB 74, 167; anders noch RG Warn 1911 Nr. 404.

3) Statt aller, vgl. Ebel-Weller, § 148 Anm. 6 c; Boldt, § 148 Anm. 2 e; Heinemann, Ziff. 58, 79; Miesbach-Engelhardt, § 148 II b III.

anspruch bei Beeinträchtigungen durch lebenswichtige Betriebe.

Hieran hat sich auch durch die Neufassung des § 906 BGB nichts geändert. Unvermeidbare wesentliche Immissionen, die wegen Ortsüblichkeit der Benutzung des beeinträchtigenden Grundstücks hingenommen werden müssen, begründen keinen Ersatzanspruch des Betroffenen nach den Bestimmungen des Gewerbe- oder Bergrechts, noch aus nachbarlicher Aufopferung. Sie führen allenfalls zu einem Geldausgleich, wenn die ortsübliche Nutzung des beeinträchtigten Grundstücks unzumutbar eingeschränkt wird. Der geschädigte Nachbar geht also leer aus, wenn seine Nutzungen selbst nicht ortsüblich sind oder wenn sie trotz Ortsüblichkeit in noch zumutbaren Grenzen beeinträchtigt werden.

Könnte er dagegen auch in diesen Fällen unmittelbar nach jenen besonderen Bestimmungen einen Ersatz seiner Nachteile fordern, so stünde er sich gegenüber einem Unternehmen, dessen Einwirkungen er mit der Abwehrklage nicht bekämpfen kann, besser, als gegenüber einer sonstigen Grundstücksnutzung.

§ 906 BGB gilt daher für alle Arten von Immissionen, mögen sie im Einzelfalle nach §§ 26 GewO, 148 ABG oder den Grundsätzen der sog. nachbarrechtlichen Aufopferung bei Einwirkungen durch lebenswichtige Betriebe zu beurteilen sein¹⁾.

b) Geltung des § 906 BGB auch bei Beeinträchtigungen durch Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien?

Einschränkungen dieses Grundsatzes werden aber bei solchen Einwirkungen gemacht, die bei der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien entstehen. Die Anwendung des § 906 BGB im Rahmen des § 148 ABG soll nur möglich sein, wenn die Beeinträchtigungen von bergbaulichen Übertageanlagen, insbesonde-

1) Ständige Rechtsprechung RGZ 139, 29; RG ZfB 75, 510; RGZ 154, 161; RGZ 159, 68; 159, 129; 160, 381; RG DR 1940, 2110.

re Aufbereitungsanstalten, herrühren¹⁾. Jedoch können sich auch bei der Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien Beeinträchtigungen ergeben, die sich unter die in § 906 Abs. 1 BGB beispielhaft genannten Fälle einreihen lassen, so daß eine Anwendung des § 906 BGB auf solche Einwirkungen wohl zu erwägen wäre²⁾.

Ohne Rücksicht auf den Ursprung solcher Einwirkungen, d.h. gleichgültig, ob sie aus der Aufsuchung und Gewinnung, der Aufbereitung der Mineralien oder aus sonstigen bergbaulichen Tätigkeiten stammen, will nur H.W. Schulte³⁾ § 906 BGB allgemein auch im Rahmen des § 148 ABG anwenden. Ewert⁴⁾ läßt § 906 BGB nur für Einwirkungen aus Übertageanlagen des Bergbaues gelten. Heinemann will einerseits⁵⁾ für Beeinträchtigungen aus der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien, wozu er auch solche aus der Anlage von Förder- und Wetterschächten zählt⁶⁾, allein den Bergschadenanspruch geben. An anderer Stelle⁷⁾ aber verlangt er für die Entstehung eines Anspruchs aus § 148 ABG eine Veränderung der Erdoberfläche, während für alle Immissionsfälle einschließlich der Erschütterungen auch § 906 BGB Anwendung finden soll. Insgesamt dürfte seine Auffassung wohl dahin zu verstehen sein, daß § 906 BGB in all den Fällen ausgeschlossen sein soll, in denen der Erdkörper durch Abbau verändert wird und die Beeinträchtigungen aus Tätigkeiten stammen, die mit der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien in Zusammenhang stehen. Das Kammer-

1) Vgl. Ebel-Weller, § 148 Anm. 6 d; Heinemann, Ziff. 18 f, 58; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 5 b; Ewert, Glückauf 1950, 635 (638).

2) Z.B. Tiefbohrungen zur Erkundung der Abbauwürdigkeit eines Mineralvorkommens, Niederbringen eines Wetterschachtes oder Aufstellen eines Lüfters; Flugsandbeeinträchtigungen durch einen Tagebau. Vgl. oben S. 79 f.

3) ZfB 91, 313; Festschrift für R. Isay, S. 35 f; ZfB 106, 177.

4) Glückauf 1950, 635 (638).

5) Bergschaden, Ziff. 58.

6) aaO, Ziff. 16, 17.

7) aaO, Ziff. 79.

gericht¹⁾ hat § 906 BGB auch bei Beeinträchtigungen aus dem Mineralabbau selbst, nämlich bei Staubeinwirkungen aus einem Tagebau, bejaht.

Vornehmlich dann wird das Bergwerkseigentum ausgeübt, wenn der Bergbauberechtigte die verliehenen Mineralien aufsucht und gewinnt. Die Vorschrift des § 54 ABG erlaubt diese Tätigkeit selbst um den Preis nachteiliger Einwirkungen auf das Grundeigentum. Zusammen mit der komplementären Schadensersatznorm gestaltet sie das zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum bestehende Konfliktverhältnis aus. Wie bereits oben²⁾ ausgeführt wurde, folgt die Kollisionsregelung des ABG dem Eingriffsprinzip.

Es fragt sich aber, ob der Ausgleichsgedanke, den § 906 BGB für Interessenkonflikte zwischen benachbarten Grundstückseigentümern statuiert, im Wege einer entsprechenden Anwendung auch auf den Interessenwiderstreit zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer übertragen werden kann.

Als Haupthindernis für eine Anwendung des § 906 BGB wird der Wortlaut des § 50 ABG angesehen. So bestimmt § 50 Abs. 2 ABG, daß die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB auch für das Bergwerkseigentum gälten, soweit sich nicht aus dem ABG selbst etwas anderes ergebe. Nach § 50 Abs. 3 ABG sollen mit der gleichen Beschränkung die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken geltenden Vorschriften anwendbar sein.

Aus Wortlaut und Zusammenhang beider Absätze des § 50 ABG haben das Reichsgericht³⁾ und - mit Ausnahme von Isay⁴⁾ -

1) ZfB 79, 571; ähnl. AG Montabaur, ZfB 84-86, 253, für den Fall von Geräuschen und Erschütterungen aus Sprengarbeiten eines den berggesetzlichen Vorschriften unterstehenden Tongewinnungsbetriebes.

2) S. 83 ff, 86.

3) RG ZfB 51, 620 (623); 56, 403 (411); 57, 203 (211); 80, 145 (146).

4) § 50 Anm. 5.

die gesamte Literatur¹⁾ geschlossen, die §§ 903 ff BGB, also die Vorschriften des 1. Titels des 3. Abschnitts des Sachenrechtes, die sich mit dem Inhalt des Eigentums befassen, seien generell unanwendbar, da sie in § 50 Abs. 3 ABG ausdrücklich ausgeschlossen seien. Die herrschende Meinung glaubt ferner, ihre Auffassung auch auf Art. 37 des Preussischen Ausführungsgesetzes zum EGBGB²⁾ stützen zu können, durch den § 50 ABG neugefaßt worden ist. Dort ist ausgeführt, die sich mit der Ausgestaltung des Grundeigentums befassenden Vorschriften könnten auf das Bergwerkseigentum nicht übertragen werden, weil dies unvereinbar mit dem Eigentumsbegriffe des BGB sei³⁾.

Eine wörtliche Auslegung des § 50 Abs. 2 und 3 ABG scheint die Richtigkeit dieser Auffassung zu bestätigen. Entgegen dieser von ihm als "formaljuristisch" empfundenen Auslegung wählt Vogelsang⁴⁾ einen anderen Weg; er meint, § 50 Abs. 3 ABG besage lediglich, daß die dort genannten Bestimmungen anwendbar seien, nicht aber, daß andere - insbesondere die sich mit dem Inhalt des Eigentums befassenden - ausgeschlossen seien. Da insofern die Anwendbarkeit der §§ 903 - 924 BGB weder ausdrücklich ausgeschlossen sei noch anerkannt werde, gelte der Grundsatz des § 50 Abs. 2 ABG. Damit fänden alle sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung, soweit sie mit dem Wesen und dem Inhalt des Bergwerkseigentums zu vereinbaren seien⁵⁾.

1) Arndt, § 50 Anm. 3; Boldt, § 50 Anm. 4; Ebel, § 54 Anm. 2, 3 b, S. 35; Brassert, § 50, S. 159; Klostermann-Fürst-Thielmann, § 50 Anm. 4; Müller-Erzbach, S. 209; Reuß-Trotefend-Dapprich, § 50 Anm. 4; Voelkel, S. 108; Westhoff, ZfB 43, 473.

2) ZfB 41, 8.

3) Das RG hat bei einem Konflikt zweier Bergwerkseigentümer untereinander die Unanwendbarkeit der BGB-Vorschriften auch mit der Interesselage zu begründen versucht, vgl. RG ZfB 51, 621 (624).

4) S. 65 f.

5) Ähnl. Isay, § 50 Anm. 5.

Zustimmend kann Vogelsang sicher sein, sofern er über eine reine Wortauslegung der Absätze 2 und 3 des § 50 ABG hinaus zu einer Interpretation von Sinn und Zweck der bergrechtlichen und nachbarrechtlichen Bestimmungen gelangen will. Unbefriedigend bleibt allerdings sein Lösungsweg¹⁾: er sucht die Schranke des § 50 Abs. 3 ABG mit einer ebenso formalen Auslegung zu umgehen, wie sie die herrschende Meinung anwendet, wenn sie eine Einbeziehung der §§ 903 - 924 BGB unter Berufung auf den Wortlaut der Norm ablehnt.

c) Lösung des Auslegungsproblems mit den Grundsätzen der Interessenbewertung

Der Gesetzgeber hatte geglaubt, wie Art. 37 des Preuß. AG zum EGBGB zeigt²⁾, die sich mit dem Inhalt des Eigentums befassenden Vorschriften des BGB ließen sich auf das Bergwerkseigentum wegen seiner Körperlosigkeit nicht übertragen. Solchen Äußerungen in Motiven, Materialien oder Protokollen kommt zwar insofern eine gewisse Bedeutung zu, als sie Aufschluß darüber geben, welche Absichten der Gesetzgeber mit dem Erlaß des Gesetzes verfolgte³⁾. Sie können daher auch wichtige Hinweise geben, wie das Gesetz auszulegen ist⁴⁾. Da aber ein Gesetz mit seiner Verkündung ein von den jeweiligen Gesetzgebungsorganen und deren Ansichten unabhängiges Dasein führt und Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung wird⁵⁾, braucht auch die Auslegung nicht bei den Anschauungen und Bedürfnissen der Entstehungszeit des Gesetzes haften zu

1) Vogelsang, aaO, räumt auch selbst ein, daß der von ihm eingeschlagene Weg nicht den herkömmlichen Auslegungsmethoden entspreche.

2) ZfB 41, 8.

3) Enn.-Nipperdey, § 55 I, S. 329 f.

4) Vgl. den Überblick über die verschiedenen Auslegungstheorien bei Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 26 Fußn. 33.

5) BAG AP § 66 BetrVG Nr. 22.

bleiben¹⁾. Vielmehr ist das Gesetz durch Auslegung den jeweiligen ethischen, sozialen und wirtschaftlichen Erfordernissen der Zeit anzupassen, in der es zur Lösung eines Rechtsfalles dient²⁾.

Die Äußerung in Art. 37 Preuß. AG zum EGBGB hat daher für sich allein keine die Auslegung für alle Zeit bindende Kraft. Jedoch hat sich die Auffassung vom Wesen des Bergwerkseigentums, die bei Anpassung des ABG an das neue BGB vorherrschte, auch im Wortlaut des § 50 Abs. 3 ABG niedergeschlagen. Ihm ist der Umkehrschluß daß die Vorschriften über den Inhalt des Eigentums (§§ 903 ff BGB) von einer entsprechenden Anwendung auf das Bergwerkseigentum ausgeschlossen sein sollten, ohne weiteres zu entnehmen, wie der herrschenden Meinung zuzugeben ist. Die in der Amtlichen Begründung geäußerte Ansicht ist daher nicht als eine bloße Rechtsauffassung der gesetzgebenden Organe unverbindlich. Vielmehr enthält sie zugleich auch eine - wenn auch möglicherweise zeitgebundene - Wertung und ist so in die Regelung des Kollisionsverhältnisses Bergwerkseigentum-Grundeigentum eingegangen.

Erscheint diese Wertung angesichts der veränderten Umstände und Auffassungen vom Wesen der Rechte nicht mehr zeitgemäß zu sein oder führt sie gar zu ungerechten Ergebnissen, darf sie mit zeitgemäßem Inhalt gefüllt werden³⁾. Ein solches Vorgehen setzt jedoch zunächst voraus, daß die Wertungsmaßstäbe bei Erlaß des Gesetzes herausgestellt werden. Andernfalls erschöpft sich die Auslegung in einer Suche nach einem scheinbar billigeren Ergebnis, das die Wertmaßstäbe jedoch nicht beachtet und damit von der Gerechtigkeitsidee, die der

1) Vgl. Enn.-Nipperdey, § 55 I, S. 329 ff; § 51 II 4 d, S. 319 f; Larenz, Methodenlehre, S. 238 ff; Westermann, Streitentscheidung, S. 18 ff, 30 ff.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 264 ff; Westermann, Streitentscheidung, S. 30 ff; ders., Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 27 m.N.

3) Vgl. hierzu Enn.-Nipperdey, § 56 III, S. 334 f; Westermann, Streitentscheidung, S. 18, 30 ff; ders., Bergbau

Gesetzgeber durch seine Bewertung zu konkretisieren trachtet¹⁾, abweicht.

Tatsächlicher Anlaß für die Regelung des Kollisionsverhältnisses zwischen Bergbau und Grundbesitz ist gewesen, daß die Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien mit großer Wahrscheinlichkeit immer wieder zu Beschädigungen des Oberflächeneigentums führen mußte. Darunter wurden vornehmlich echte Bergschäden, d.h. Veränderungen des Erdbodens, verstanden. Andere Beeinträchtigungen, wie solche aus dem Betriebe der Aufbereitungsanstalten des Bergwesens, hat erst später die Rechtsprechung nach den Vorschriften des ABG behandelt²⁾. Die §§ 54, 148 ff ABG sind jedenfalls dem Wortlaut nach auf diese Kollisionsfälle zugeschnitten³⁾.

Weil sich das Bergwerkseigentum als Ausdruck des höherwertigen Interesses auf jeden Fall durchsetzen sollte, normierte das ABG ein Eingriffsprinzip. Nicht einmal eine Güterabwägung zwischen möglichem Schaden und tatsächlichem Vorteil ist vorgesehen⁴⁾. Wertmaßstab des Gesetzes ist danach, daß sich der wichtige Bergbau, der durch eine generelle Entscheidung des Gesetzes begünstigt wird, auf jeden Fall gegenüber dem Grundeigentum soll behaupten können. Die Entschädigungspflicht des § 148 ABG wirkt nur als "privatwirtschaftliches Regulativ"⁵⁾. Die gesamte Regelung ist, da sie dem Eingriffsprinzip folgt, damit notgedrungen starr.

und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 27; ders., ZfB 106, 122, 131.

- 1) Vgl. Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 24, 27.
- 2) Vgl. oben S. 90 ff.
- 3) Zur Frage, welche Rechtsgrundsätze bei Kollisionen zwischen verschiedenen Bergwerkseigentümern gelten, vgl. Tschäpe, Diss. Münster 1965.
- 4) Westermann, ZfB 106, 130; Isay, vor § 135 Anm. 2; RG JW 1899, 615 Nr. 22.
- 5) Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 32.

Wesentlich differenzierter dagegen grenzt § 906 BGB die Interessen der Grundstückseigentümer im Raum ab. Das Merkmal der Ortsüblichkeit, damit die Berücksichtigung der Erfordernisse des Gesamtraumes, ist wichtiger Bewertungsfaktor.

Voraussetzung für eine Übertragung des in § 906 BGB enthaltenen Ausgleichsgedankens auf das Verhältnis zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer ist zunächst, daß schon von der Natur der beteiligten Werte her keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine solche Gleichbehandlung bestehen. Jedoch läßt schon die Bezeichnung Bergwerks e i g e n t u m erkennen, daß es dem Gesetzgeber darum ging, diesem Recht eine ähnliche Stellung in der Güterwelt beizumessen, wie sie das Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht genießt. Eine solche gesetzliche Anordnung ist möglich, auch wenn die Merkmale des § 903 BGB nicht vorliegen¹⁾. Indem § 50 Abs. 3 ABG bestimmte Vorschriften, die für das Eigentum an Grundstücken gelten, auch für das Bergwerkseigentum als anwendbar erklärt, ist sinnfällig zum Ausdruck gebracht, daß der Inhalt beider Rechte weitgehend gleichartig ist. Über die technische Gleichbehandlung hinaus, die besonders deshalb bedeutsam ist, weil so das Bergwerkseigentum Gegenstand eines Realkredits werden kann²⁾, löst die gesetzliche Anordnung auch materiellrechtliche Wirkungen aus. So hat der Bergwerkseigentümer die Rechte aus §§ 985 ff BGB, insbesondere aus § 1004 BGB³⁾.

Eine völlige Gleichbehandlung von Grund- und Bergwerkseigentum, etwa als einem liegenschaftlichen Recht sui generis, scheiterte bisher vornehmlich daran, daß nicht überzeugend bewiesen werden konnte, daß auch das Bergwerkseigentum "güterzuordnende Funktion"⁴⁾ besitzt⁵⁾. Grubenfeld, Lagerstätte

1) Westermann, ZfB 106, 130.

2) Diese wichtige Folge einer Gleichbehandlung betonen schon die Motive, ZfB 6, 72 ff; vgl. auch Verhandlungen des Landtags, ZfB 6, 310 ff.

3) Vgl. Boldt, § 50 Anm. 9.

4) Westermann, Lehrb., § 2 II 1.

5) Vgl. Westermann, ZfB 106, 130 u. Fußn. 29. Eine Übersicht

oder Mineral lassen sich kaum als Gegenstand eines Eigentumsrechtes begreifen. Das Bergwerkseigentum wird daher heute überwiegend als Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zwecke der bergmännischen Produktion dienen, aufgefaßt; seinen Kern bildet das Recht auf Aneignung der verliehenden Mineralien¹⁾. Es wäre aber ein Widerspruch zur Systematik des Sachenrechts, wollte man einem solchen bloßen Aneignungsrecht eine Rechtsstellung einräumen, wie sie das Eigentum als absolutes Herrschaftsrecht über ein zugeordnetes Objekt besitzt.

Damit scheint eine wichtige Voraussetzung für eine materielle Gleichbehandlung beider Rechtsinstitute zu fehlen. Jedoch geht es hier nicht um Zuordnungsfragen. Innerhalb dieses Problemkreises mag es angehen, daß man eine Anwendung von Vorschriften des BGB mit dem Hinweis auf den grundsätzlich anderen Charakter des Bergwerkseigentums ablehnt. Hier dagegen handelt es sich um die Frage, wie im Raum miteinander kollidierende Interessen aufeinander abgestimmt werden und welche Maßstäbe das Gesetz hierbei setzt sowie welche Lösungsmethoden es wählt. Mehr und mehr wird anerkannt, daß zwischen Grund- und Bergwerkseigentum ein nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis besteht²⁾. Auch die Förderung der Mineralien vollzieht sich im Raum, da ein Teil des Erdbodens und damit des Gesamtraumes genutzt wird. Damit ist auch die Kollisionsregelung des ABG als Nachbarrecht zu bezeichnen³⁾.

Augenfällig ist jedoch, daß die Bedürfnisse des Gesamtraumes nicht - wie in § 906 BGB - als Bewertungsfaktor herangezogen sind. Die §§ 54, 148 ff ABG enthalten Wertmaßstäbe, die sich

über die verschiedenen Meinungen findet sich bei Vogel-sang, Diss., S. 31 ff; ferner bei Turner, S. 97 ff, 111 ff.

- 1) Statt vieler: RG ZfB 56, 403 (411); BGH ZfB 96, 30; Boldt, § 50 Anm. 2; Ebel-Weller, § 54 Anm. 1; vgl. die Zusammenstellung bei Vogelsang, Diss., S. 28 ff; Turner, S. 111 Anm. 4.
- 2) RG ZfB 78, 448 (457); zust. Boldt, Glückauf 1939, 920 ff; H.W. Schulte, ZfB 106, 176; Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 43; H. Schulte, ZfB 107, 197 f; Westermann, ZfB 106, 131; zust. BVerwG DÖV 1967, 858.
- 3) H. Schulte, ZfB 107, 197 f.

in Form einer generellen Vorzugsstellung des Bergwerkseigentümers auswirken; mit anderen Worten: die tatsächliche Gemeinschaft, in der sich auch Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer befinden, ist in die Konfliktlösung des ABG nicht eingegangen. Eine Einbeziehung der § 906 BGB zugrunde liegenden Wertungen in den Interessenwiderstreit zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer hätte den gewichtigen Vorteil, daß die Eigenarten des Raumes berücksichtigt werden könnten und daß, dem Gedanken des Ausgleichs Rechnung tragend, die gegenseitigen Pflichten der Rücksichtnahme stärker betont würden. Nicht ortsübliche Beeinträchtigungen durch den Bergwerkseigentümer wären zwar wegen des § 54 ABG erlaubt, aber nur insoweit, als sie durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen nicht zu verhindern wären. Hat der Bergwerkseigentümer dagegen die Einrichtung von Schutzmaßnahmen schuldhaft versäumt, schlägt die Aufopferungshaftung in eine Verschuldenshaftung gemäß §§ 823 ff BGB um. Nutzt er indessen ortsüblich, hat der Grundeigentümer nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen einen Ersatzanspruch. Einmal muß er selbst ortsüblich nutzen, zum anderen muß seine Nutzungsmöglichkeit über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt sein (§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Die verhältnismäßig neue Auffassung, die das Bergwerkseigentum als raumabhängiges und raumgestaltendes Recht¹⁾ begreift, könnte zu einer neuen, von derjenigen des § 50 Abs. 3 ABG abweichenden Bewertung seines Inhaltes und damit auch des Kollisionsverhältnisses zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer führen. Würde das in § 906 BGB verankerte Ausgleichsprinzip auf dieses Verhältnis übertragen, so entspräche dies eher den gewandelten Anschauungen von der Daseinsberechtigung und dem Achtungsanspruch eines jeden Rechtes, den Art. 14 GG für vermögenswerte Rechte bekräftigt.

1) Westermann, ZfB 106, 131.

Diese Achtung vor dem Rechtswert Eigentum läßt die starre Regelung des ABG, die dem Eingriffsprinzip folgt, vermissen, wenn sie einen Übergriff des Bergwerkseigentümers in den Rechtsbereich des Grundeigentümers immer und auf jeden Fall für erlaubt erklärt. Eine solche Eingriffsmöglichkeit aber sollte ultima ratio einer Interessenabwägung bleiben und nur dann statthaft sein, wenn das wichtigere Interesse anders nicht durchsetzbar ist. Vorher jedoch müßten beide Interessenträger versuchen, den zu erwartenden Schaden durch eigene Anpassungsbemühungen gering zu halten oder zu vermeiden, kurz: sie müssen einen Ausgleich ihrer Belange suchen. Einen solchen Ausgleich von Interessen aber erstrebt § 906 BGB für raumabhängige und raumgestaltende Rechte. Die Anwendung dieser Norm im Rahmen des Konfliktverhältnisses Bergbau-Grundbesitz ist daher sachgemäß und entspricht einer zeitgemäßen Bewertung beider Institute.

So hat auch schon das Reichsgericht in der "Gutehoffnungshütte"-Entscheidung vom 10. März 1937¹⁾ zunächst einen Ausgleich zwischen den Interessen der Industrie und Landwirtschaft angestrebt, wenn es dort heißt:

"Im Zusammenleben von Industrie- und Landwirtschaft hat jene die bestmöglichen technischen Einrichtungen zur Schonung der Nachbarn zu treffen und deren einwandfreies Arbeiten sorgfältig zu überwachen. Aber auch dem Landwirt liegt die Pflicht ob, seinen Betrieb den Ortsverhältnissen entsprechend einzurichten und eine Art der Bewirtschaftung zu wählen, die gegenüber den schädlichen Zuführungen möglichst wenig empfindlich ist. Eine Vernachlässigung hierin mag die Anwendung des § 254 BGB gegen ihn rechtfertigen..."

Auch wenn aus diesen Sätzen nicht hervorgeht, welche Folgen das Reichsgericht an die Vernachlässigung der Pflicht der Industrie, technische Schutzvorkehrungen zu ergreifen, knüpfen wollte, wird doch das Prinzip deutlich: im Rahmen der nachbarlichen Gemeinschaft darf nur dann in die Rechtssphäre des anderen eingegriffen werden, wenn zuvor eine Lösung des Konflikts durch Ausgleich gesucht, aber nicht gefunden wor-

1) RGZ 154, 161 (167).

den ist. Dann aber ist zumindest die Wirkung des Eingriffs durch Bemühungen des Betroffenen gering zu halten.

Die Neufassung des § 906 BGB, die an diese Rechtsprechung anschließt, bringt den Ausgleichsgedanken präziser und abgewogener. Die Vorschrift enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auf alle Raumrechte entsprechend anzuwenden ist.

Dafür sprechen ferner praktische Gesichtspunkte. Einwirkungen aus der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien lassen sich weder nach Art noch Wirkung von solchen im Sinne des § 906 Abs. 1 BGB unterscheiden. Welcher vernünftige Grund sollte auch bestehen, etwa Erschütterungen aus Sprengungen im Tagebau oder aus Tiefbohrungen anders zu behandeln, als solche, die beim Bau einer Untergrundbahn oder bei Ausschachtungsarbeiten für ein Hochhaus entstehen¹⁾? Einwirkungen, die sich unter die in § 906 Abs. 1 BGB genannten "Imponderabilien" einreihen lassen, sind daher nach dieser Vorschrift zu behandeln, gleichgültig, ob sie aus der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien oder dem Betrieb von Übertageanlagen und Aufbereitungsanstalten des Bergwesens stammen²⁾³⁾.

1) Vgl. Schumacher, Glückauf 1962, 1156 (1159).

2) Schumacher, aaO; zust. Lantzke, ZfB 104, 114.

3) Ob § 906 BGB auch bei sonstigen bergbaulichen Beeinträchtigungen anzuwenden ist, die zu einer Beschädigung des Erdbodens selbst führen (wie z.B. Bodensenkungen) und sich auf Gebäude auswirken (z.B. Schieflagen oder Mauerrisse), mag zweifelhaft sein, da die Vorschrift ausdrücklich nur für Immissionen gilt. Bei konsequenter Durchführung des Ausgleichsgedankens, den § 906 BGB für das Grundstückseigentum verkörpert, müßte er auch für andere raumabhängige Rechte gelten, gleichgültig, welche Beeinträchtigungen aus der Ausübung des Raumrechtes entstehen. In diesem Sinne H.W. Schulte, ZfB 91, 297 (303, 315 f); ders., ZfB 106, 171 (177); wohl auch Gieseke, Festschrift für R.Isay, S. 43 f; Isay, § 50 Anm. 5.

4.) Die Klage auf Anbringung schützender Einrichtungen
im Rahmen des § 148 ABG

§ 26 GewO gibt dem Grundeigentümer die Möglichkeit, den Betriebsinhaber auf Vornahme schützender Einrichtungen zu verklagen. Dieser eingeschränkte Negatorienanspruch dringt jedoch nur durch, wenn die Schutzmaßnahmen nicht untunlich oder noch mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes vereinbar sind¹⁾. Das ist sinngemäß das gleiche wie die in § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB normierte - freilich nicht einklagbare - Verpflichtung des Immittenten, wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung von Schäden des Nachbareigentums zu treffen²⁾. Damit ist der Rechtsschutz des beeinträchtigten Grundeigentümers gegenüber übermäßigen, d.h. nach § 906 BGB nicht mehr zu dulgenden Einwirkungen lückenlos; hat der Betriebsinhaber Schutzmaßnahmen unterlassen, obwohl er dazu gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB verpflichtet war, und konnte er, was im Einzelfalle selten eines Beweises bedarf, erkennen, daß hieraus ein Schaden entstehen würde, so kann der Geschädigte Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB für die Vergangenheit fordern; denn es gehört zu den Pflichten des Betriebsinhabers, alle Vorkehrungen zu treffen, die nach dem zur Zeit der Klageerhebung bestehenden Erfahrungsstande zur Abwehr von Schäden geeignet und mit einem ordnungsgemäßen Betriebe vereinbar sind³⁾. Zugleich aber kann er den Betriebsinhaber zwingen, Maßnahmen zur Verhütung weiterer Schäden zu ergreifen. Waren dagegen alle denkbaren Vorrichtungen zur Abwehr schädlicher Einwirkungen auf das Nachbareigentum bereits vor Klageerhebung angebracht, kann der Grundstückseigentümer nur Schadloshaltung (§ 26 GewO) für die Vergangenheit verlangen.

1) Vgl. oben

2) Glaser-Dröschel, S. 153.

3) Vgl. BGH Betrieb 1964, 65 (66); BGH LM § 906 Nr. 14.

Da der sog. nachbarrechtliche Aufopferungsanspruch bei Beeinträchtigungen durch lebenswichtige Betriebe unter anderem aus dem Rechtsgedanken des § 26 GewO entwickelt worden ist, gelten für ihn die gleichen Grundsätze.

Dagegen besteht eine Rechtslücke, soweit nachbarliche Beeinträchtigungen aus dem Betriebe von Anlagen des Bergwesens stammen: im Gegensatz zu § 26 GewO sieht die bergrechtliche Kollisionsregelung nicht vor, daß der Bergwerkseigentümer im Wege der "beschränkten Negatorienklage"¹⁾ gezwungen werden kann, schützende Maßnahmen zu ergreifen. Dem Grundstückseigentümer fehlt also die Möglichkeit, auch für die Zukunft schädliche Einwirkungen zu verhindern, obwohl schon vorher feststeht, daß der Bergwerkseigentümer auch weiterhin unter Verletzung seiner Schadensabwendungspflicht immittieren wird. Die Ersatzpflicht, die sich in diesem Falle nicht nach § 148 ABG, sondern nach § 823 BGB richtet, sofern man eine Anwendung der Grundsätze des § 906 BGB auch im Rahmen des ABG bejaht, vermag hier häufig nicht als Regulativ zu wirken. Schutzvorrichtungen sind oft so kostspielig, daß sich der Immittent lieber mit Schadensersatzpflichten geringeren Umfanges belasten wird, als erhebliche Geldmittel durch den Ausbau und Einbau technisch komplizierter und unproduktiver Schutzeinrichtungen zu binden. Der in § 26 GewO enthaltene Rechtsgedanke muß daher auch für das Verhältnis zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer gelten: solange der eingriffsberechtigte Bergwerkseigentümer nicht versucht, den drohenden Schaden durch eigene Anpassungsbemühungen zu verhindern, bleibt sein Verhalten rechtswidrig, und der Unterlassungsanspruch des § 1004 BGB greift teilweise durch. Nur richtet er sich nicht auf Einstellung des Betriebes, sondern auf Vornahme schützender Einrichtungen. Auch dieser Grundsatz läßt sich zwanglos dem Ausgleichsprinzip entnehmen.

1) Vgl. Landmann-Rohmer, § 26 Anm. 32.

VI. Der Umfang der Entschädigungsansprüche bei privater Aufopferung und Ausgleich im Immissionsbereich

1.) Der Umfang des Aufopferungsanspruchs

Der Umstand, daß es sich bei den Fällen der privatrechtlichen Aufopferung, die dem Eingriffsprinzip folgen, um eine eigenständige Haftungsart handelt, könnte dazu nötigen, den Umfang der Entschädigungsleistung anders zu bemessen als bei der Verschuldens- und Gefährdungshaftung, für die §§ 249 ff BGB gelten.

Denkbar wäre etwa, daß der Eingriffsberechtigte nur einen "angemessenen Ausgleich" zu leisten hätte, wogegen die §§ 249 ff BGB nach allgemeiner Meinung einen "vollen" Ausgleich gewähren. Zwar ist im Regelfall auch der angemessene Ausgleich oder eine angemessene Entschädigung auf Ausgleich aller Nachteile gerichtet. Gleichwohl sind die Unterschiede nicht zu übersehen: in Fällen eines Ersatzes im Wege "angemessenen Ausgleichs" wird nur Ersatz für den Substanzverlust geleistet, also für im Objekt begründete Nachteile¹⁾. Dagegen gestattet § 252 BGB, daß bei der Berechnung des ersatzpflichtigen Schadens durch das Merkmal des "entgangenen Gewinns" auch die zukünftige Entwicklung mit berücksichtigt wird.

a) Der Inhalt der gesetzlichen Regelungen und die Äußerungen der Rechtsprechung

Es liegt nahe, zunächst aus den gesetzlich geregelten Fällen der Eingriffshaftung einen Obersatz zu suchen.

1) Vgl. zur Enteignungsentschädigung des Art. 14 Abs. 3 GG: BGHZ 6, 270 (295 ff); 30, 338 (951); 31, 238 (241); 37, 269 ff; 39, 198 ff. Zum Unterschied Schadensersatz - Entschädigung neuerdings Weyreuther, Gutachten 47. Juristentag, 1960, S. 57 ff.

Die §§ 904 Satz 2, 867, 1005, 962 BGB sprechen von dem "Ersatz des entstandenen Schadens" bzw. "Ersatz des Schadens". Mangels irgendwelcher Anhaltspunkte für eine entgegengesetzte Absicht des Gesetzgebers ist davon auszugehen, daß er die §§ 249 ff BGB anwenden wollte. Die §§ 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB (Überbau- und Notwegrente) sagen über den Umfang des Ersatzes nichts aus. In § 26 GewO wird der Betriebsinhaber zur "Schadloshaltung" verpflichtet. Überwiegend wird dieser Anspruch des Grundstückseigentümers oder -besitzers im Sinne einer vollen Entschädigung gedeutet¹⁾. Der BGH hat § 2 Abs. 3 TelWG auf den Grundgedanken des § 904 BGB zurückgeführt und dem Unterhaltspflichtigen vollen Ersatz für die Mitbenutzung seiner Verkehrswege durch die Telegraphenverwaltung zugebilligt²⁾.

§ 148 ABG spricht davon, daß für allen Schaden des Grundeigentümers "vollständige Entschädigung" zu leisten sei. Daraus wird geschlossen, der Umfang des Bergschadenanspruchs richte sich nach den §§ 249 ff BGB³⁾. Diese Meinungen beruhen aber zum Teil zugleich auch auf der als unrichtig erkannten Voraussetzung, bei § 148 ABG handele es sich um einen Fall der Gefährdungshaftung⁴⁾. Soweit er als Ausgleichsanspruch eigener Art oder als Aufopferungsanspruch erkannt ist, wird er als auf angemessenen Ausgleich gehend gedeutet⁵⁾.

1) Vgl. Esser, § 59, 5; Fuhr, § 26 Anm. 3 e; Glaser-Dröschel, S. 165, 167; Palandt-Degenhart, § 906 Anm. 5 b bb; Schack, BB 65, 343; widersprüchlich Landmann-Rohmer, § 26 RdNr. 29, die ihm die gleiche Natur wie dem auf Enteignungsentschädigung gerichteten zubilligen, andererseits aber die §§ 249 ff BGB anwenden wollen.

2) BGH MDR 62, 286.

3) Statt vieler: Boldt, § 148 Anm. 2 c; Ebel-Weller, § 148 Anm. 12; Isay, § 148 Anm. 19; Heinemann, Ziff. 2; Miesbach-Engelhardt, § 148 Anm. 5 c; Reuß-Grotefend-Dapprich, § 148 Anm. 3; Meisner-Stern-Hodes, § 44 II 4 S. 803; RG ZfB 78, 474 (485); OLG Koblenz ZfB 100, 200.

4) Vgl. oben S. 113 Fußn. 2, S. 117.

5) Vgl. Bartsch, S. 10; Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 44; Lantzke, ZfB 101, 84; H. W. Schulte, Festschrift für R. Isay, S. 35; ders., ZfB 106, 179.

Ein eindeutiger Hinweis darauf, welchen Umfang der Ersatzanspruch in Fällen des Eingriffsprinzips habe, läßt sich daher zumindest den gesetzlichen Regelungen nicht entnehmen.

Der von der Rechtsprechung entwickelte Ersatzanspruch bei Beeinträchtigungen durch lebenswichtige Betriebe wurde, wie Hemsen¹⁾ nachgewiesen hat, früher unter dem Eindruck der auf vollständigen Ersatz gehenden Enteignungsentschädigung als Ausgleich in voller Höhe verstanden. Erst als das Reichsgericht ihn als besonderen Fall des Aufopferungsanspruchs erkannt hatte²⁾, wurden die für den öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch entwickelten Grundsätze herangezogen und der Umfang der Ersatzpflicht auf einen angemessenen Ausgleich beschränkt³⁾. Dagegen meint der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1958⁴⁾, es werde auf Ersatz des gesamten Schadens gehaftet, wenn der ausgeschlossene Abwehranspruch "an sich" vollen Umfang gehabt hätte⁵⁾. Er beruft sich dabei auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, die allerdings die im Urteil zitierte Kommentarstelle (Staudinger-Seufert, § 906 Anm. 47 ff), wie Hemsen richtig feststellt⁶⁾, nur ungenau wiedergibt. Es ist daher Hemsen zu folgen, wenn er daran zweifelt, daß sich der BGH abschließend zu dem Problem des Umfanges des Ersatzanspruchs geäußert habe. Das Bayrische Oberste Landesgericht schließt sich der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts an und gewährt nur angemessenen Ausgleich bei Beeinträchtigungen des Grundstückseigentums durch lebenswichtige Betriebe⁷⁾.

1) S. 30 ff.

2) Erstmalig in RGZ 159, 68 (72).

3) RGZ 167, 14 (26); RG DR 42, 1703 (1704); Dr. 44, 410 (411); OLG Düsseldorf BB 57, 1194; BayObLGZ 1962, 421 (440); BayObLG VersR 1965, 266 (268).

4) BGHZ 28, 225. Der BGH nimmt hier abweichend von § 906 BGB eine Duldungspflicht auch gegenüber grobkörperlichen Einwirkungen an. Vgl. Mühl, NJW 60, 1133 ff; 2324.

5) BGHZ 28, 225 (232).

6) S. 31.

7) BayObLGZ 1962, 421 (440); BayObLG VersR 1965, 266 (268).

b) Die Aufgabe der Entschädigungsleistungen

Weder enthalten also die gesetzlichen Regelungen einen Hinweis auf den Umfang der Entschädigungspflicht noch hat sich eine einheitliche Praxis in der Rechtsprechung herausgebildet. Es ist daher sinnvoll, zunächst die Frage zu stellen, welchen Zweck die Entschädigungsleistung verfolgt.

Eine Antwort darauf fällt nicht allzu schwer. Die Entschädigung soll auf jeden Fall der Wiedergutmachung dienen und einen bereits eingetretenen Schaden wieder ausgleichen helfen¹⁾. Wichtig ist jedoch, was als ausgleichsbedürftig anzuerkennen ist. Dabei kommt es auf den Blickpunkt an, von dem aus die Entschädigungsregelung betrachtet wird.

So hat der Geschädigte selbst zweifellos ein Interesse daran, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Eingriff nicht geschehen wäre. Dann müßte er jedoch auch einen Ausgleich dafür erhalten, daß ihm künftige Entwicklungschancen und Gewinnmöglichkeiten entzogen worden sind. Ihm wäre daher nur mit einer "vollen" d.h. sich nach den §§ 249 ff BGB richtenden Entschädigung gedient.

Der Eingreifende dagegen wird sich darauf berufen wollen, daß er rechtmäßig handle und einen rechtmäßigen Erfolg herbeiführe, so daß er nicht behandelt werden dürfe wie jemand, der eine unerlaubte Handlung begangen habe²⁾. Darüber hinaus könnte er geltend machen, daß seine Interessen vom Gesetz höher bewertet würden und daß eine unbeschränkte Ersatzpflicht ihn hindern könnte, das überwiegende Interesse auch, wie es dem allgemeinen Wertempfinden entspräche, durchzusetzen³⁾.

1) Teilweise anders Weyreuther, Gutachten, S. 58 ff.

2) So Hemsén, S. 164.

3) Hemsén, aaO; Hubmann, AcP 155, 130.

Gerade der Gesichtspunkt der Wertschöpfung durch Eingriff in die fremde Rechtssphäre könnte aber wiederum für den gegenteiligen Standpunkt sprechen. So läßt sich behaupten, daß der Entschädigungsanspruch regulative Funktionen habe und sicherstellen solle, daß die neu geschaffenen Werte die vernichteten stets überträfen. H. Schulte¹⁾ bezeichnet diese Aufgabe des Prinzips einer Entschädigung für erlaubte Eingriffe als das "Prinzip der optimalen Güternutzung". Er meint, der Eingriff werde nicht mehr vorgenommen, wenn die Nachteile, die sich in der Höhe der Ersatzforderung niederschlugen, so groß seien, daß sie von den geschaffenen Werten nicht oder gerade noch aufgewogen würden²⁾. Diese Aufgabe könne der Entschädigungsanspruch nur erfüllen, wenn er auf Ausgleich aller Nachteile gerichtet sei.

Daß die Fälle der privatrechtlichen Aufopferung das Prinzip der optimalen Güternutzung zu verwirklichen trachten, kann nicht bezweifelt werden. Fraglich ist jedoch, ob die von H. Schulte behauptete Abhängigkeit von Eingriffswillen und Entschädigungshöhe besteht. So ist durchaus nicht gesagt, daß der Entschädigungsanspruch stets eine regulative Funktion haben muß. Dabei mögen die Ersatzleistungen bei Überbau und Notweg (§§ 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB) noch Sonderbestimmungen sein: im Falle des Überbaus ist der Eingriff bereits abgeschlossen; die Überbaurente wirkt als reiner Ausgleich. Richtung und Umfang des Notweges aber werden notfalls durch Urteil bestimmt (§ 917 Abs. 1 BGB). Damit wird der Inhalt des Einwirkungsrechts selbst festgelegt und die Rente wiederum dient ebenfalls nur dem Ausgleich. Mit anderen Worten: Einwirkungsbefugnis und Geldrente sind nicht so eng wechselseitig miteinander verknüpft, daß eine Steigerung der Einwirkungen sogleich auch ein Anwachsen der Geldrente nach sich zöge. Eine unerlaubte Steigerung des Benutzungs-

1) Diss., S. 104 ff; ders., ZfB 107, 198.

2) Diss., S. 109 f; S. 140.

rechts kann vielmehr sogleich mit der Klage aus § 1004 BGB bekämpft werden.

Aber auch im Falle des § 904 BGB dürfte der Entschädigungsanspruch kaum ein Regulativ sein. Von einer solchen Regulativfunktion läßt sich eigentlich nur dort sprechen, wo der Ersatzanspruch nach Vorliegen und Umfang wenigstens die Intentionen des Handelnden zu bestimmen in der Lage ist. Der mögliche Entscheidungsraum ist aber in den Fällen des Aggressivnotstandes durch die Merkmale der "gegenwärtigen Gefahr" und des "drohenden Schadens" so eingeschränkt, daß hier schwerlich im Notstandsfall Vor- und Nachteile abgewogen werden dürften, wie dies eine Auffassung von der Ersatzpflicht als Regulativ intendiert. Das gilt erst recht, wenn nach neuerer Ansicht¹⁾ gar nicht einmal der Handelnde, sondern der Begünstigte haften soll.

Diese Unterschiede könnten dazu nötigen, den Umfang der Ersatzpflicht in den Fällen der §§ 904, 912, 917 BGB nach anderen Gesichtspunkten zu bestimmen. Das mag indes auf sich beruhen, weil es hier nur um den Umfang der Ersatzansprüche bei Immissionsschäden geht.

In den Fällen der §§ 26 GewO, 148 ABG trifft es freilich zu, daß der Ersatzanspruch als Regulativ wirken soll. Bewertungsgrundlage dieser Normen ist der tatsächliche Umstand, daß immer wieder während einer längeren Zeit mit Eingriffen auf der einen und Beeinträchtigungen auf der anderen Seite zu rechnen ist. In diesen Fällen lassen sich Vor- und Nachteile gleichsam in Form einer Gewinn- und Verlustrechnung gegenüberstellen. Eine Abwägung zwischen Wertschöpfung und -vernichtung, die sich in der Höhe der Enteignungsansprüche niederschlägt, dürfte daher wohl zumeist vorgenommen werden.

1) Vgl. Larenz II, § 72, 1; Fikentscher, § 112 III 1. A.A. die herrschende Meinung: Baur, § 25 III 1 c; Enn.-Nipperdey, § 241 Anm. 6; Palandt-Degenhart, § 904 Anm. 3 b; Westermann, § 28 III 1.

Das wiederum aber ist bei dem sog. nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruch fraglich. Zwar ist denkbar, daß lebenswichtige Betriebe oder andere im öffentlichen Interesse errichtete Anlagen gar nicht erst an solche Stellen verlegt werden, bei denen sich später nachbarliche Konflikte ergeben und Ersatzansprüche großen Umfanges entstehen können. Solche Vorichtsmaßnahmen bereits im Planungsstadium sind aber häufig nicht möglich. So ist die Linienführung einer Autobahn oder wichtigen Autostraße von so vielen Faktoren beeinflusst, daß sie einfach an bestimmten Stellen verlegt werden müssen, etwa weil Gesichtspunkte der verkehrsmäßigen Erschließung unterentwickelter Gebiete dies verlangen, oder weil eine Bebauungslücke in Ballungsgebieten ausgenutzt werden muß. Hohe Ersatzansprüche der Anlieger müssen dann eben hingenommen werden. Außerdem läßt sich bei derartigen Anlagen oder bei lebenswichtigen Betrieben der konkrete Nutzen selten auch nur annähernd zahlenmäßig festlegen.

Es liegt daher näher, den Sinn der Entschädigung vornehmlich in einem Ausgleich der Nachteile des Betroffenen zu sehen. Gleichsam als Nebenwirkung hat die Entschädigungsregelung dann noch regulative Funktion. Freilich ist damit noch nicht gesagt, daß die Entschädigung notwendigerweise auf "vollen" Ersatz gehen müsse. Eine Ermäßigung auf angemessenen Ausgleich, der als umfangmäßig geringerer Ersatz angesehen wird, aus dem Gesichtspunkte, daß der Handelnde sich rechtmäßig verhalte, dürfte dabei kaum entscheidend sein; denn die Rechtmäßigkeit der Handlung und des schädlichen Erfolges ist nur die Auswirkung der gesetzlichen Interessenbewertung, die mit der Erlaubnis des Eingriffs gesetzestechisch realisiert wird.

Zu erwägen ist, ob das Eingriffsprinzip eine dem allgemeinen Wertempfinden gemäße Entscheidung statuiert und daher ein Parallellfall zu der in Art. 14 Abs. 3 GG normierten Enteignungsentschädigung vorliegt¹⁾. Art. 14 Abs. 3 GG geht davon

1) So z.B. Hubmann, AcP 155, 130; ähnl. für § 148 ABG: Gieseke, Festschrift für R. Isay, S. 44.

aus, daß die Enteignung zum Wohle der Allgemeinheit geschehen sei und leitet daraus ab, daß die Entschädigung unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und des Enteigneten bestimmt werden müsse. Eine Beschränkung des Umfanges des Ersatzanspruchs mag hier hingenommen werden, weil der Einzelne Teil der Allgemeinheit ist, sein Eigentum sozial gebunden ist und sich diese Bindung auch auf die Höhe der Entschädigung auswirken kann¹⁾.

Es entspricht sicher dem allgemeinen Interesse, daß unausweichliche Kollisionen vernünftig gelöst werden und zwar möglichst so, daß sich das für die Allgemeinheit wichtigere und wertvollere Interesse auf Kosten des minderwertigen durchsetzen kann. So dürfte auch die Befugnis des Gesetzgebers, normative Eigentumsbindungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu schaffen, von hieraus legitimiert sein²⁾. Jedoch ist dieses Allgemeininteresse nicht mit dem "allgemeinen Wohl" des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG identisch. Allgemeines Wohl in diesem Sinne kann nur heißen, daß eine gesetzliche Regelung bestimmte aktuelle Interessen der Allgemeinheit durch Eigentumsentzug realisieren soll³⁾. Hier besteht der Interessenkonflikt ausschließlich zwischen dem Staat und dem einzelnen. Anders bei den Aufopferungsfällen: bei ihnen werden grundsätzlich gleichrangige Rechtsträger durch gesetzliche Interessenbewertung in ein unterschiedliches Rangverhältnis gesetzt: das Allgemeininteresse ist nur mittelbar - als Legitimation des Gesetzgebers - beteiligt. Es ist daher folgerichtiger, daß derjenige, der durch eine Handlung, von der er allein einen Vorteil hat, einen Schaden verursacht, diesen Schaden voll ersetzen muß. So hat auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zu § 12 Umwandlg⁴⁾ ausgesprochen,

1) In diesem Sinne Gieseke, aaO, S. 42.

2) Vgl. hierzu Bender, NJW 65, 1298.

3) Im einzelnen: v. Mangoldt-Klein, Art. 14 VII 6; BadStGH VerwRspr, Bd. 2 Nr. 96.

4) BVerfGE 14, 263 (284) = NJW 62, 1667 (1669).

daß im Verhältnis von Gleichstehenden jeder Grund für eine Abwägung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG fehle, zumal der Mehrheitsaktionär den Minderheitsaktionären ihr Aktienrecht ausschließlich im eigenen Interesse nehme.

Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung dieser Verfassungsnorm liegen daher nicht vor¹⁾. Nun stehen die Träger der kollidierenden Interessen in den Fällen des Eingriffsprinzips häufig in einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis, daß ihnen die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme auferlegt. Hemsen²⁾ folgert daraus, daß ebenso, wie zu Gunsten des überwiegenden Interesses nur möglichst schonend in den mit ihm kollidierenden Rechtskreis eingegriffen werden dürfe, auch der Geschädigte die Belange seines Anspruchsgegners beachten und die Höhe seines Ersatzanspruchs nach den Forderungen der Gerechtigkeit ausrichten müsse. Hemsen versteht darunter die Beschränkung auf einen angemessenen Ausgleich³⁾. Allein, diese Folgerung ist nicht überzeugend, da sich der Betroffene hier zugleich zwei Beschränkungen gefallen lassen müßte: einmal die Entziehung seiner Abwehrbefugnisse, zum anderen eine Beschränkung seiner Ersatzansprüche; im übrigen fragt sich gerade, welches Ausmaß der Entschädigung gerecht ist.

Eine Analogie zu § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB scheidet aus, weil diese Vorschrift nicht dem Eingriffsprinzip sondern dem Ausgleichsprinzip folgt, also anders strukturiert ist⁴⁾; denn der Ersatzanspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis soll die Nachteile ausgleichen helfen, die trotz grundsätzlicher Gleichbewertung der nachbarlichen Interessen infolge tatsächlicher Umstände bestehen.

1) Ebenso H. Schulte, Diss., S. 140 f; ders., ZfB 107, 196.

2) S. 164.

3) S. 161 ff, 164 f.

4) Das erkennt auch H. Schulte, ZfB 107, 198 f u. Fußn. 47, an, obwohl er an anderer Stelle (Diss., S. 56, 86 f, 136; ZfB 107, 189) den Anspruch aus § 906 II 2 BGB zu den Aufopferungstatbeständen zählt.

Die Entschädigungsleistung besteht daher vornehmlich in einem Ausgleich für die Nachteile, die der Betroffene hinnehmen muß. Gründe, die eine Beschränkung des Anspruchs auf einen angemessenen Ausgleich angeraten erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Die Nachteile aber bestehen darin, daß der Betroffene einseitig Einwirkungen, durch die er einen Schaden erleidet, hinnehmen muß. Ein Äquivalent für diese Einbußen zu Gunsten eines anderen erwirbt er nur dann, wenn er durch die Geldzahlung so gestellt wird, als sei die Beeinträchtigung nicht eingetreten. Der Ersatzanspruch muß daher auf vollständige Entschädigung gerichtet sein, also auch die hypothetische Vermögensentwicklung mit berücksichtigen. Die Formulierung des BGH¹⁾, der Entschädigungsanspruch gehe so weit, wie der "an sich" gegebene, aber ausgeschlossene Abwehranspruch gegangen wäre, ist daher zutreffend. Denn hätte der Grundeigentümer sich gegen die Einwirkungen wehren können, hätte er sich diese zukünftige Entwicklung offen halten können.

Einschränkungen dieses Satzes sind auch nicht dort geboten, wo nachbarliche Beeinträchtigungen von lebenswichtigen Betrieben ausgehen²⁾. Gewiß liegt hier die Parallele zu Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG eher auf der Hand als bei den übrigen gesetzlichen Konfliktlösungen. Macht man jedoch Ernst mit dem Satz, daß die öffentliche Hand grundsätzlich nur als gleichberechtigter und gleichverpflichteter Beteiligter an der nachbarlichen Gemeinschaft teilnehme³⁾, so muß es hier ebenfalls bei einer vollen Entschädigung, die sich nach den §§ 249 ff BGB richtet, bleiben. Für Einwirkungen durch Übermaßimmissionen haften daher auch lebenswichtige Betriebe für

1) BGHZ 28, 225 (232).

2) So aber BayObLGZ 1962, 461 (440); BayObLG VersR 1965, 266 (268); Schack, BB 65, 343.

3) Vgl. Westermann, § 63 II 4 b; ders., ZLR 1957, 262; RGZ 159, 139.

den gesamten Schaden¹⁾. Eine Haftung des Staates aus Enteignung kommt - wie schon an anderer Stelle erörtert²⁾ - entgegen der Ansicht des BGH³⁾ nicht in Frage, so daß auch auf diesem Wege eine Beschränkung des Anspruchs nicht eintritt.

c) Ersatz bei Beschädigung beweglicher Sachen

Unproblematisch ist die Rechtslage, wenn bewegliche Sachen des Nachbareigentümers oder -besitzers durch Immissionen auf seinem eigenen Grundstück beschädigt werden. Ein anschauliches Beispiel bietet der vom OLG Köln⁴⁾ entschiedene Fall, wo der aus einer beweglichen Baubude aufsteigende Qualm und Ruß durch die geschlossenen Fenster einer benachbarten Hemdenfabrik drang und die fertigen Hemden verschmutzte, die deshalb verbilligt abgegeben werden mußten.

Die beweglichen Sachen brauchen nicht Zubehör im Sinne des § 97 BGB zu sein. § 148 ABG spricht deshalb auch nur davon, daß für Beschädigungen des Grundeigentums und der "Zubehörungen" Ersatz zu leisten sei⁵⁾. Dabei ist unstreitig, daß der Begriff "Zubehörungen" weiter reicht als der des Zubehörs⁶⁾.

Schwieriger als der oben wiedergegebene Sachverhalt ist aber folgender zu entscheiden: Regelmäßig stellen die in der Nähe

1) Ebenso Palandt-Degenhart, § 906 Anm. 5 b dd; wohl auch Wolff-Raiser, § 53 II 3; Glaser-Dröschel, S. 167 ff, die jedoch privat- und öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche aus "Aufopferung" miteinander vermengen.

2) Vgl. oben S. 68 ff, 74 f.

3) NJW 67, 1857 ff.

4) VersR 65, 722 (einen Anspruch aus § 906 II 2 BGB betreffend).

5) Vgl. hierzu neuerdings H.W. Schulte, ZfB 106, 172 ff.

6) Vgl. Ebel-Weller, § 148 Anm. 7 b; Austermann, S. 25 f; OLG Köln ZfB 102, 236; LG Aachen ZfB 104, 94. In Nordrhein-Westfalen löst § 148 Abs.1 ABG in der Fassung des 4. Gesetzes zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften v. 11.6.1968 (GV. NW Ausg. B S. 201) den der heutigen Gesetzessprache unbekannten Begriff in "Bestandteile und Zubehör" auf.

eines Industrierwerks wohnenden Eigentümer und Mieter ihre Kraftfahrzeuge auf der Straße ab, deren Lack durch aggressiven Industriestaub beschädigt wird (dabei soll eine evtl. bestehende Pflicht der Kraftfahrzeugeigentümer, ihre Fahrzeuge mit Planen abzudecken, außer Betracht bleiben).

Beeinträchtigungen durch Immissionen hat der Gesetzgeber wohl nur bei Grundstücken für möglich gehalten und dabei, wie § 906 BGB zeigt, auf die nachbarliche Gemeinschaft abgestellt. Das gleiche gilt für die gesteigerten Duldungspflichten der §§ 26 GewO und 148 ABG¹⁾.

Eine wörtliche Anwendung der Eigentumsschutzbestimmungen müßte dazu führen, daß Beeinträchtigungen beweglicher Sachen durch Immissionen gemäß § 1004 BGB abgewehrt werden können, gleichgültig aus welcher Quelle sie stammen. Daß die Lackbeschädigungen im Beispielsfalle als "Störungen" im Sinne des § 1004 BGB anzusehen sind, dürfte nicht zweifelhaft sein; selbst eine Wiederholungsgefahr wird vorliegen. Die wichtigere Konsequenz aber wäre, daß die Lackbeschädigungen an den Kraftfahrzeugen rechtswidrig wären; denn § 26 GewO betrifft nur die Abwehrrechte des Grundstückseigentümers und -besitzers. Da der Betriebsinhaber vorsätzlich immittiert und auch weiß, daß seine Zuführungen einen Schaden anrichten können, handelt er sogar schuldhaft, so daß die Fahrniseigentümer einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB hätten²⁾. Das würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß die Fahrzeugeigentümer, die die Straße als Abstellplatz benutzt haben, einen Anspruch nach Deliktsgrundsätzen hätten, während diejenigen, die ihre Autos auf den eigenen Grundstücken untergestellt haben, allenfalls einen Anspruch aus § 26 GewO hätten. Noch deutlicher: der schädliche Erfolg wäre gegenüber

1) § 148 ABG ist geschaffen worden für Beschädigungen durch den Untertagebergbau.

2) In dieser Richtung bewegt sich die Entscheidung des RG, Bd. 159 S. 68 ff; kritisch hierzu Schiffer, ZAKDR 39, 312 ff.

den einen rechtswidrig, gegenüber den anderen rechtmäßig.

Bei diesem Gedankengang würde aber übersehen, daß die beweglichen Sachen beschädigt worden sind, während sie auf einem Grundstück standen, das sich in der Nachbarschaft der Immissionsquelle befindet. Richtigerweise können die Befugnisse der Fahrniseigentümer, die ihr Eigentum auf solche Grundstücke verbracht haben, nicht weiter gehen, als die der Nachbarn selbst (im Beispielsfalle der Stadtgemeinde). Der Lack Schaden ist daher auch insoweit rechtmäßig herbeigeführt, und die Fahrniseigentümer hatten gegenüber den schädlichen Immissionen keine negatorischen Befugnisse auf Grund ihres Eigentums.

Aber auch ein Entschädigungsanspruch nach § 26 GewO ist nicht gegeben. Die Vorschrift verlangt, daß der Ersatzberechtigte Eigentümer oder Besitzer ist, stellt also darauf ab, daß die Beeinträchtigung aus der Nachbarschaftslage zweier Grundstücke folgt. Diese Beschränkung hat ihren guten Sinn. Eigentümer und Besitzer haben ein unmittelbares Interesse daran, ihre Sachen auf ihre eigenen Grundstücke zu verbringen. Das ist ein Teil der ihnen zugewiesenen Befugnisse. Einen Anspruch erwirbt daher stets nur der Eigentümer oder Besitzer eines in der Nähe der Immissionsquelle gelegenen Grundstücks und das auch nur, wenn seine eigene bewegliche Sache auf seinem Grundstück beschädigt worden ist¹⁾. Das gleiche gilt für die anderen Ersatzansprüche im Immissionsbereich (§§ 148 ABG, 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, nachbarlicher Aufopferungsanspruch).

Bei diesem Ausgangspunkt sind auch die sog. Bienenfälle²⁾ einfach zu lösen. Wenn die Bienen Schaden nehmen, weil Immis-

1) Dieser Gesichtspunkt sollte auch ein Anlaß sein, die Schadensersatzpflichten wegen Beschädigungen von Zubehörungen im Falle des § 148 ABG neu zu überdenken, soweit diese ursprünglich auf eine Beschädigung der Erdoberfläche zurückgehen; vgl. hierzu H.W.Schulte, ZfB 106, 172 ff.

2) RGZ 159, 68 ff; BGHZ 16, 366 ff; hierzu Schiffer, ZAKDR 39, 312 f; Michaelis, S. 105; Schack, JuS 63, 267.

sionen auf das Grundstück des Imkers gelangen, hat dieser einen Anspruch aus § 26 GewO¹⁾. Nehmen sie die schädlichen Giftstoffe auf, während sie fremde Grundstücke befliegen, ist der Zusammenhang zwischen dem Grundstück des Immittenten und dem des Geschädigten als Voraussetzung der Haftung des ersteren gelöst. Erst recht hat der Imker keinen Ersatzanspruch, wenn seine Bienen den Immissionen ausgesetzt sind, weil sie das Grundstück des Immittenten selbst aufsuchen. Hier braucht die eigene Duldungspflicht des Immittenten, der seinerseits Bienenflug kraft Gewohnheitsrechts dulden muß, nicht einmal bemüht zu werden²⁾. Die Berechtigung, auf dem eigenen Grundstück alle denkbaren Maßnahmen vornehmen zu dürfen, folgt unmittelbar aus dem Eigentumsrecht. Dagegen gibt es keine allgemeine Pflicht, Eigentumsbeschädigungen von Sachen (Bienen), die auf das eigene Grundstück gelangen, zu unterlassen, soweit sich die eigene Grundstücksnutzung noch im Rahmen des Rechtmäßigen hält³⁾. Eine Ersatzpflicht besteht hier nur unter den Voraussetzungen des § 823 BGB.

2.) Der Umfang des Ausgleichsanspruchs aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis

Der Ausgleichsanspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist oben⁴⁾ als sekundärer Ausgleichsanspruch gekennzeichnet worden. Schon der Terminus "angemessener Ausgleich", der sich an die in Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG gewählte Formulierung anlehnt, zeigt, daß eine von den §§ 249 ff BGB abweichende Entschädi-

1) oder aus §§ 906 Abs. 2 BGB, 148 ABG, sofern die besonderen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere Ortsüblichkeit der Bienenhaltung.

2) So aber BGHZ 16, 366 (373).

3) BGHZ 16, 366 (373); zust. Schack, JuS 63, 267.

4) S. 35 f.

gung gewollt war¹⁾. Von einem "angemessenen Ausgleich" spricht das Gesetz auch in anderen Fällen, in denen Wertverschiebungen und einseitige Vorteile ausgeglichen werden müssen - so in § 89 HGB²⁾.

"Angemessenen Ausgleich" hat ferner die Rechtsprechung gewährt, wenn "unverhoffte Vermögensvorteile" zu einer Billigkeitsentscheidung nötigten³⁾ oder Selbstschädigungen zur Rettung anderer auszugleichen waren⁴⁾. In allen diesen Fällen soll der Richter die Vor- und Nachteile abwägen und die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigen⁵⁾.

a) Die Beeinträchtigung über das zumutbare Maß hinaus

Da in § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, worauf der Wortlaut hindeutet, die Interessen des Immittenten und des Betroffenen in gleicher Weise beachtet werden müssen, hat der Ausgleichsanspruch nur in zweiter Linie die Aufgabe eines Regulativs. Die Tendenz der Norm geht vornehmlich dahin, eine möglichst günstige Ausnutzung des Gesamtraumes sicherzustellen. Um dieses Zieles willen wird der betroffene Grundstückseigentümer bewußt benachteiligt: ein gewisses zumutbares Maß an Beeinträchtigungen muß er ersatzlos hinnehmen. Diese Beschränkung ist auch sinnvoll, weil andernfalls wegen jeder Immission,

- 1) Vgl. zur Entstehungsgeschichte Staudinger-Seufert, Nachtrag zu § 906 BGB, RdNr. 1-3, Prot.DBT III/4855 (Begründung des Berichterstatters zu § 906 II 2 BGB), Staudinger-Seufert, aaO, RdNr. 3.
- 2) I.d.F. des "Gesetzes zur Änderung des HGB (Recht der Handelsvertreter)" v. 6.8.1953, BGBl. I S. 771; hierzu OLG München, VersR 67, 38.
- 3) BGHZ 41, 157 (165): Ausschluß des nach § 997 BGB bestehenden Wegnahmerechts durch Vorschriften der Wohnraumbewirtschaftung.
- 4) Vgl. BGHZ 38, 270: Selbstaufopferung eines Kraftfahrers zur Rettung eines Verkehrsteilnehmers.
- 5) Ausdrücklich betont in § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB; ebenso von BGHZ 41, 157 (166).

sofern sie nicht völlig unwesentlich wäre, ein Ausgleichsanspruch gegeben wäre¹⁾. Sie kann daher im Interesse der Gesamtnutzung und des friedvollen Zusammenlebens der Nachbarn nicht ausschließlich als Hinweis auf eigene Anpassungspflichten des Betroffenen verstanden werden²⁾. Sicherlich sind es Wertungsfragen, wann eine Beeinträchtigung aufhört, unwesentlich zu sein oder wesentlich, aber zumutbar, und schließlich unzumutbar zu werden beginnt. Würde jedoch die Einschränkung nicht beachtet, daß eine zumutbare Beeinträchtigung auch graduell ein geringeres Maß an Belästigung bedeutet, so verschöben sich die Wertungen des Gesetzes. Eine Rechtsprechung, die vornehmlich die Ordnungsfunktion des § 906 BGB für den Nachbarraum als Wertmaßstab betont, müßte notwendigerweise das Tatbestandsmerkmal der unwesentlichen Beeinträchtigungen extensiv, jedenfalls weiter als zur Zeit üblich, interpretieren, um zu vermeiden, daß wegen jeder wesentlichen ortsüblichen, aber noch erträglichen Einwirkung Ersatzansprüche ausgelöst werden. Die notwendige Folge wäre, daß § 906 Abs. 2 BGB immer seltener angewendet würde. Eine solche Auslegung des Gesetzes aber verträge sich wiederum nicht mit der Tendenz, nach der auch der Immittent gezwungen werden soll, nachbarschutzende Einrichtungen anzubringen und damit zur Reinhaltung der Luft im allgemeinen beizutragen.

Die Beschränkung des Ersatzanspruchs auf ein zumutbares Maß übersteigende Immissionen ist überdies aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu erklären. Zum Ausgleich verpflichten sollen nun nicht mehr nur ein "drohender Existenzverlust"³⁾ oder eine "schwere Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens"⁴⁾, die die Rechtsprechung wohl aus Scheu

1) H. Schulte, ZfB 107, 199 Fußn. 47.

2) So aber der Vorschlag von Kleindienst, S. 50.

3) RGZ 154, 161 (166); OLG Köln BB 57, 367 (Existenzgefährdung).

4) BGHZ 30, 273 (280).

vor einer zu weitgehenden Durchbrechung des gesetzten Rechts¹⁾ als Voraussetzung eines Ausgleichsanspruchs angenommen hatte, sondern bereits eine unzumutbare Beeinträchtigung, also schon weniger einschneidende Einbußen²⁾.

Bei der Ermittlung der Unzumutbarkeit ist ein Durchschnittsmaßstab zugrunde zu legen, wobei es darauf ankommt, ob dieser bestimmte Eigentümer bei Anlegung eines objektiven Maßstabs die Beeinträchtigung ohne Ausgleichsleistung ertragen kann³⁾. Das kann mitunter zu eigenartigen Ergebnissen führen; so übersteht möglicherweise ein landwirtschaftlicher Großbetrieb einen Schaden in bestimmter Höhe, den er infolge Immissionen eines Industrierwerkes erlitten hat, ohne Schwierigkeiten, wogegen ein Kleinbetrieb bei einer solchen Schadenshöhe bereits schwer geschädigt wäre. Ob ein Schaden zumutbar oder unzumutbar ist, wird sich meist wohl nur feststellen lassen, wenn er in einer Quote zum gesamten möglichen Ertrag, der ohne die schädlichen Einwirkungen erzielt werden könnte, ausgedrückt wird. Andernfalls würde gerade der Großbetrieb bevorzugt, bei dem sich die Beeinträchtigung wegen der Größe der Anbaufläche summiert.

Genaue Richtlinien lassen sich nicht aufstellen. Unzumutbar ist daher letztlich das, was der erkennende Richter im Streitfalle unter Abwägung aller Umstände dafür hält⁴⁾. Er wird dabei berücksichtigen müssen, daß auch der Begriff der Unzumutbarkeit nicht isoliert von den tatsächlichen räumlichen Verhältnissen ausgelegt werden darf. Wer in einer von der Industrie geprägten Gegend einen landwirtschaftlichen Betrieb unterhält, darf seine Erträge nicht mit denen vergleichen, die ein ähnlicher Betrieb bei gleichen Bodenverhältnissen unter vergleichbaren äußeren Bedingungen in einer

1) Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 56.

2) Vgl. oben S. 56 ff.

3) Vgl. Staudinger-Seufert, Nachtr. zu § 906 BGB, RdNr. 16; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 69, 70; Kleindienst, S. 49. Vgl. ferner oben

4) Schneider, MDR 65, 439 (442).

industriieferneren Zone erreicht. Andernfalls würde der Interessenkonflikt ausschließlich zum Nachteil des Immittenten gelöst. Praktisch wird ein Ausgleichsanspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis daher erst dann entstehen, wenn die Ertragsminderung einen bestimmten prozentualen Teil des durchschnittlich möglichen Gesamtertrages überschreitet.

b) Zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs

Es hat sich eingebürgert, die Höhe des Ausgleichsanspruchs nach den für die Enteignung geltenden Grundsätzen zu ermitteln¹⁾. Dem ist zuzustimmen, weil durch die nachbarlichen Einwirkungen der Nutzungswert des betroffenen Grundstücks vermindert wird, also eine der Teilenteignung vergleichbare Lage entsteht.

Der Anspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB erfaßt daher nicht alle Vermögenseinbußen, sondern nur den Substanzverlust des Grundstücks²⁾. Dabei ist eine streng objektbezogene Betrachtungsweise, die die persönlichen Interessen des Nachbareigentümers außer acht läßt, geboten. Mit der Grundstücksnutzung muß bereits begonnen worden sein; für die Zukunft erst beabsichtigte Nutzungen verkörpern nicht den augenblicklichen zu entschädigenden Wert. Der entgangene Gewinn zählt nicht zu dem ersatzpflichtigen Schaden, da § 252 BGB nur für echte Schadensersatzansprüche gilt³⁾. Jedoch dürfte diese Einschränkung von recht geringer praktischer Bedeutung sein; so sind auch bei der Enteignung und insbesondere bei enteignungsgleich wirkenden Eingriffen die Minderung des Kundenstammes und der Rückgang des wirtschaftlichen Ertrags zu ersetzen,

1) Vgl. Staudinger-Seufert, Nachtr. zu § 906 BGB RdNr. 17; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 74; Glaser-Dröschel, S. 156; Mühl, NJW 60, 2324; Kleindienst, S. 51.

2) Vgl. Glaser-Dröschel, S. 156; Kleindienst, S. 51; für die Enteignung: BGHZ 30, 338 (351) m.w.Nachw.

3) Vgl. BGHZ 6, 270 (295); 9, 83 (93); 209 (217); 13, 88; 14, 363; 22, 167.

wenn sie im Objekt begründet sind und nicht ausschließlich auf den persönlichen Verhältnissen beruhen¹⁾. Dasselbe gilt auch hier; ein Ausflugslokal oder eine Fremdenpension, die an Anziehungskraft für ihre Gäste verlieren, weil sich die Einwirkungen benachbarter Industriebetriebe lästig bemerkbar machen, können ihre Umsatzverluste geltend machen. Die Berechnung des ersatzpflichtigen Schadens erfolgt auf der Basis des Erlöses der vergangenen Jahre. Preissteigerungen in der Zwischenzeit dürften, wenn auch vorsichtig, zu berücksichtigen sein.

Allgemein läßt sich zur Höhe des Ausgleichsanspruchs sagen: Er wird bestimmt aus der Differenz zwischen möglichem und tatsächlichem Ertrag, wobei letzterer aus Durchschnittswerten der vergangenen Jahre, in denen sich die Einwirkungen noch nicht umsatzmindernd bemerkbar machten, zu ermitteln ist. Eine erst geplante nutzbringendere, aber durch die Einwirkungen vereitelte Verwertung kann nicht als Berechnungsfaktor berücksichtigt werden.

Es ist aber auch möglich, daß eine Grundstücksnutzung nicht nur beeinträchtigt, sondern vollständig zerstört wird. In solchen Fällen muß die Entschädigung notwendigerweise höher ausfallen. Der Immittent wird so lange eine dem Marktwert des früheren Ertrags entsprechende Rente an den Betroffenen zahlen müssen, bis dieser seine Nutzung umgestellt hat und aus ihr einen Ertrag ziehen kann. Ist eine Nutzung nach Art der früheren gänzlich ausgeschlossen, weil das Grundstück ausschließlich für diese spezielle Nutzung geeignet war (z.B. Weinanbau an steiler Hanglage), muß der Betroffene finanziell so gestellt werden, daß er ein Objekt gleicher Art und Güte erwerben könnte. Der noch verbleibende Wert des für eine Nutzung nach früherer Art unbrauchbaren Grundstücks ist ab-

1) Vgl. Schack, BB 1963, 1232 m.Fußn. 6o mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGH; ders., BB 1959, 1263.

zurechnen. Dabei richtet sich der Wert des Grundstücks nach dem Verkehrswert, den es hatte, als die Nutzung noch möglich war und sich die Beeinträchtigungen noch in zumutbarem Rahmen hielten¹⁾.

Das ist aber auch der einzige Fall, wo der Verkehrswert als Funktion des Marktes für die Berechnung des Geldausgleichs einen Maßstab liefert, weil hier der Zeitpunkt der Wertberechnung mit demjenigen der Beendigung der Nutzungsmöglichkeit zusammenfällt. Ansonsten ist es unmöglich, die Höhe des Geldausgleichs am Verkehrswert zu orientieren; denn der Ausgleich ist stets für veränderliche Beeinträchtigungen eines abgelaufenen Zeitraums zu ermitteln. Dagegen wird der Verkehrswert des Grundstücks durch die zukünftige Entwicklung der Immissionen beeinflusst²⁾.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Ausmaß der Immissionen - und zwar das tatsächliche, das zumutbare und das zu dulden - konstant bleibt, was allerdings wegen der Wandelbarkeit der tatsächlichen Verhältnisse und technischen Möglichkeiten zur Verhinderung der Emissionen kaum vorkommen wird³⁾.

-
- 1) Bei der Ermittlung des Verkehrswertes im Falle der Entzeignungsentschädigung stellt der BGH vornehmlich darauf ab, daß der Eigentümer ein "Objekt gleicher Art und Güte" solle erwerben können. Vgl. BGHZ 39, 198 (200) m.w.Nachw.
 - 2) Vgl. Kleindienst, S. 51, 53 f. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Festsetzung des Ausgleichs bei Zugrundelegung des gemeinen Wertes (Verkehrswerts) kann auch nicht der der Einwirkung oder im Prozeß der der letzten Tatsachenverhandlung sein (so aber Glaser-Dröschel, S. 156 f), weil der Verkehrswert auch von der späteren Entwicklung abhängt, die sich bei Nachbarschaftslagen von Grundstücken und gegenseitigen Beeinträchtigungen durch Immissionen nicht übersehen läßt. Die Wertminderung kann entfallen, weil die Einwirkungen zurückgehen, sich noch vergrößern oder gar die Nutzung des beeinträchtigten Grundstücks selbst nicht mehr ortsüblich ist. Vgl. hierzu auch Riehl, Gruchot 51, 142 (147).
 - 3) Vgl. hierzu auch Kleindienst, S. 51.

In solchen Fällen mag der Ausgleich in einer einmaligen Kapitalabfindung bestehen, wobei sich der Immittent durch eine Grunddienstbarkeit sichern kann¹⁾. Vorteile, die der beeinträchtigte Grundstückseigentümer aus der Nachbarschaft des Immittenten erlangt, sind in die Höhe des Ausgleichsanspruchs einzurechnen²⁾. Denkbar ist etwa, daß ein Landwirt seine Produkte zu günstigen Preisen bei der Werkskantine eines Industriebetriebes absetzen kann oder daß ein wegen lästiger Einwirkungen gemiedenes Ausflugslokal seine Umsatzverluste durch den verstärkten Besuch von Belegschaftsmitgliedern des Betriebes wettmachen kann³⁾. Um einen Fall der Vorteilsausgleichung handelt es sich dabei nicht, weil schadenstiftendes und vorteilsbegründendes Ereignis nicht in adäquatem Zusammenhang stehen⁴⁾. Die notwendige Anrechnung der Vorteile, die sich aus der Nachbarschaft der Immissionsquelle ergeben, auf den Geldausgleich ist eine Folge der Natur des Anspruchs: er soll nicht zu einer bequemen Geldquelle führen, sondern unbillig harte Vermögenseinbußen mildern.

Genauso aber sind im Zeitpunkt der Beeinträchtigung bereits vorhandene Mängel des Grundstücks, z.B. Verfall und Beschädigung von Gebäuden zu berücksichtigen⁵⁾. Ein bereits baufälli-

1) Vgl. RG ZAKDR 1940, 100; RGRK-Pritsch, § 906 Anm. 27 hh. Hierzu im einzelnen Kleindienst, S. 52 Fußn. 109.

2) Clasen und Mühl, NJW 1960, 2323 ff; Glaser-Dröschel, S. 156; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 73; Staudinger-Seufert, Nachtr. zu § 906 BGB, RdNr. 3, 17; Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 58.

3) Beispiele nach Staudinger-Seufert, aaO RdNr. 3.

4) Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 58. Dagegen verlangen Clasen und Mühl, NJW 60, 2323 ff, Glaser-Dröschel, S. 156, Staudinger-Seufert, aaO, RdNr. 17 adäquaten Zusammenhang. Das dürfte jedoch auf einem Mißverständnis beruhen; denn Vorteile aus der Beeinträchtigung selbst sind fast undenkbar. Es kann also bei der Berücksichtigung von Vorteilen nur darauf ankommen, daß sie sich gerade aus der Nachbarschaft der Immissionsquelle ergeben.

5) Glaser-Dröschel, S. 156.

ges Haus, das durch ortsübliche Einwirkungen, etwa Sprengungen in einem nahegelegenen Steinbruch, unbewohnbar wird, hat einen niedrigeren Wert als ein durchschnittlich erhaltenes Gebäude. Da hier infolge Unmöglichkeit der weiteren Bewohnbarkeit des Hauses der Zeitpunkt für eine Berechnung des Ausgleichsanspruchs mit dem der Einwirkung identisch ist, kann der Verkehrswert zugrunde gelegt werden¹⁾.

c) Zur Zumutbarkeit eigener Anpassungsbemühungen des betroffenen Grundstückseigentümers

Zweifelhaft ist, ob sich der Geldausgleich des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auch auf die Kosten erstreckt, die der betroffene Eigentümer in eigene Schutzvorkehrungen investieren mußte. Oben²⁾ ist ausgeführt worden, daß die Beschränkung des Ausgleichsanspruchs auf solche Beeinträchtigungen, die über das zumutbare Maß hinausgehen, vornehmlich als auf die Wirkungen der Immissionen bezogen zu verstehen ist³⁾: ausgleichspflichtig sind daher nur solche Beeinträchtigungen, die dem Betroffenen ein Opfer abnötigen, das er nicht mehr ertragen kann.

1) Geeignete Richtlinien für die Verkehrswertermittlung von Gebäuden enthält die auf Grund der Ermächtigung des § 141 IV BBauG erlassene "Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung des Verkehrswertes von Grundstücken" v. 7.8. 1961 (BGBl. I S. 1183), die die gängigen Ermittlungsverfahren zusammenfaßt und inzwischen den Rang einer Verkehrssitte erlangt haben dürfte. Vgl. BGH ZfB 107, 321 ff (Ermittlung der Wertminderung eines Gebäudes infolge Bergschäden).

2) Vgl. S. 155 ff.

3) Ebenso Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 69 f; Staudinger-Seufert, Nachtr. zu § 906 Anm. 16; Westermann, § 63 II 3 d bb. Grundsätzlich auch Glaser-Dröschel, S. 156, aber nur für "schwere Beeinträchtigung"; ebenso beiläufig BGH MDR 63, 991 = LM § 906 Nr. 17.

Daneben ist die Einschränkung noch in einem anderen Sinne aufzufassen: sie wirkt als "mittelbares Regulativ"¹⁾, weil sie den betroffenen Grundeigentümer veranlaßt, eigene Schutzvorkehrungen gegenüber dem drohenden Immissionsschaden zu treffen, wenn er den Ausgleichsanspruch nicht verlieren will²⁾. Schäden, die durch eigene Anpassungsbemühungen hätten verhindert werden können, sind zumutbar und entschädigungslos hinzunehmen. Solche Anpassungs- und Umstellungspflichten wurden bisher dem Rechtsgedanken des § 254 BGB entnommen³⁾. § 254 BGB enthält jedoch einen personenbezogenen Sorgfaltsmaßstab und stellt auf die verantwortliche Verursachung ab. Streng genommen ist er daher unanwendbar, wo es sich nicht darum handelt, inwieweit ein Schaden auf diesen oder jenen Verursacher oder Verantwortlichen zu verteilen ist, sondern darum, w e r ihn zu tragen hat⁴⁾. Derartige Schadensminderungspflichten, die in erster Linie auf objektive Kriterien abstellen, dürften wohl als Sonderfälle einer Verteilung der Folgen einer bestimmten Handlung aufgefaßt werden können, die sich in § 254 BGB nicht einreihen lassen⁵⁾.

- 1) Diesen Ausdruck verwendet - allerdings im Zusammenhang mit § 150 ABG - Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 32.
- 2) Glaser-Dröschel, S. 156; Kleindienst, S. 50; Westermann, JZ 63, 407/8; ders., § 63 II 3 d bb. Ähnlich Schneider, MDR 65, 443.
- 3) Vgl. RGZ 154, 167; 159, 168; ZAkDR 40, 101; RG SeuffA 96 Nr. 68; so auch heute noch: Staudinger-Seufert, Nachtr. zu § 906 RdNr. 19; LG Hamburg MDR 65, 46; OLG Köln VersR 65, 722. Andere wollen sie unmittelbar aus dem Ausgleichsgedanken ableiten, z.B. Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 71; ähnl. früher wohl auch Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 60 f.
- 4) Vgl. Kleindienst, S. 50, S. 18 Fußn. 20.
- 5) Eine solche "mittelbar raumgestaltende Vorschrift" enthält auch § 150 ABG; Gebäude, für welche die Gefahr einer Beeinträchtigung durch den Bergbau besteht, sollen nicht gebaut werden; vgl. Westermann, Bergbau und öffentliche Verkehrsanstalten, S. 32. Hierzu auch und zum Verhältnis des § 150 ABG zu §§ 16 ff GewO, BVerwG DÖV 1967, 856 m. Anm. Schefold.

Da eine quotale Verteilung des Schadens an Hand der überwiegenden oder geringeren Verursachung durch den Immittenten oder den Betroffenen nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht vorgenommen werden soll, ist die Regelung notwendig sehr starr: konnte der Betroffene den möglichen Schaden durch eigene Anpassungs- und Umstellungsbemühungen vermeiden, haftet der Immittent überhaupt nicht. Ließ sich jedoch der Schaden trotz eigener Anstrengungen des betroffenen Nachbarn nicht verhindern, ist er auszugleichen, sofern er - seiner Höhe nach! - unzumutbar ist.

Das Maß der eigenen Schutzvorkehrungen des Betroffenen findet an der Unzumutbarkeit (meist der finanziellen Aufwendungen hierfür) seine Grenze. Bewegen sich die Aufwendungen innerhalb dieses Rahmens, hat der betroffene Grundstückseigentümer sie ersatzlos allein zu tragen; denn insoweit kommt er nur seinen eigenen, sich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ergebenden Pflichten nach. Eine Beteiligung des Immittenten an den Aufwendungen des betroffenen Nachbarn ist nur da angebracht, wo Anpassung oder Umstellung so erhebliche Kosten verursachen, daß der Betroffene sie allein nicht tragen kann, ihm dies also unzumutbar ist. Das gleiche gilt, wenn die Erträge des Nachbarn nach der Umstellung seiner Nutzung hinter den früheren, die er vor der Umstellung und ohne die schädlichen Einwirkungen erzielen konnte, zurückbleiben. Auch hier wird der Immittent einen Teil der Einbußen mit ausgleichen müssen¹⁾. Zwar genügt auch hier der Betroffene zunächst seinen eigenen Anpassungspflichten, aber doch in einem Maße, wie es durch § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht gefordert wird.

Fraglich ist nur, welche Anpassungsbemühungen für den betroffenen Nachbarn zumutbar sind. Der Begriff der Zumutbarkeit wird auch in § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB verwendet: nur ist

1) Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 61; ders., Lehrb., § 63 II 3 d bb.

hier schon dem Wortlaut nach ("Benutzern dieser Art") auf einen Durchschnittsmaßstab abgestellt¹⁾. Ähnliches dürfte grundsätzlich auch für Satz 2 gelten. Die Anpassungsbemühungen müssen vernünftig sein, d.h. von einem verständigen Menschen in dieser Lage als nötig, aber auch als ausreichend empfunden werden, und sie müssen - nach differenziert-objektivem Maßstab²⁾ - zumutbar sein. Jedoch besteht zwischen beiden Zumutbarkeitsbegriffen ein Unterschied, der sich aus den verschiedenen Zielen ergibt, die beide Sätze des § 906 Abs. 2 BGB anstreben.

Satz 1 will die Macht im Nachbarraum absolut zuweisen.

Das gilt auch insoweit, als die Immissionsbefugnis zu wesentlich beeinträchtigenden ortsüblichen Einwirkungen zusätzlich von eigenen Anstrengungen des Immittenten abhängig gemacht wird. Notwendigerweise muß das Gesetz daher auf einen Durchschnittsmaßstab verweisen, weil anders die "Kontinuität"³⁾ der Machtverteilung im nachbarlichen Raum nicht gewahrt wäre. Anders dagegen ist die Tendenz in Satz 2. Der Ausgleichsanspruch soll sicherstellen, daß ortsübliche Nutzungsarten im Raum ihre Daseinsmöglichkeit vorfinden. Soweit der betroffene Nachbar innerhalb seiner eigenen ortsüblichen Nutzungsweise weitere Anpassungs- und Umstellungsanstrengungen unternimmt, finden diese an seiner eigenen Leistungsfähigkeit eine Grenze. Ein Nachbar, der die objektiv vernünftigen und - für einen Durchschnittsbenutzer - finanziell tragbaren Anstrengungen zum Schutze seiner Nutzung nicht treffen kann,

1) Vgl. Erman-Westermann, § 906 Anm. 4 b; Kleindienst, S. 50; Meisner-Stern-Hodes, § 16 V 2 b bb. Vgl. oben

2) Kleindienst, S. 50.

3) Vgl. die Bedenken von Westermann, Gesetzliche Maßnahmen, S. 51 f., gegen eine rein auf Zumutbarkeitsgesichtspunkte abgestellte Zuweisung der Eigentümerbefugnisse.

müßte sich diese entschädigungslos zerstören lassen. Das kann aber nicht der Sinn des Satzes 2 sein, durch den bewußt eher eine Entschädigungspflicht des Immittenten begründet werden sollte, als dies nach früherer Rechtsprechung der Fall war. Das bedeutet: in § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB werden persönliche Umstände und Verhältnisse auf Seiten des Betroffenen weit mehr berücksichtigt werden müssen als bei der Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Zumutbarkeit des Satzes 1. Das kann in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Letztlich bewahrheitet sich damit die Prophezeiung Westermanns¹⁾, der schon vor der Neufassung des § 906 BGB Zweifel daran äußerte, ob sich die Anpassungspflichten des Betroffenen bzw. deren Umfang überhaupt in einer abstrakten Formel würden zusammenfassen lassen.

d) Kosten der Anpassung und Vorteilsausgleich

Eine weitere Frage ist, ob sich der betroffene Grundstückseigentümer Wertsteigerungen anrechnen lassen muß, die er infolge eigener Schutzvorkehrungen erworben hat. Das kann jedoch nur dann bedeutsam werden, wenn er mehr getan hat, als er tun mußte, wenn der Gesamtaufwand für Anpassung und Umstellung also als nicht mehr zumutbar im Sinne des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB anzusehen ist. So hatte in einem von dem OLG Köln²⁾ entschiedenen Falle ein Grundstückseigentümer Schränke, in denen zum Verkauf bereitstehende Oberhemden gelagert wurden, zum Schutz vor schädlichen Rußeinwirkungen verglasen lassen. Das Gericht rechnete dem betroffenen Eigentümer, der auf Ersatz der gesamten Einbaukosten in Höhe von ca. 70,- DM klagte, 25,- DM als eigenen Vorteil an. Eine solche Anrechnung ist sicher nicht zu beanstanden; nur muß beachtet werden, daß das zumutbare Maß eigener Anpassungs-

1) Gesetzliche Maßnahmen, S. 61.

2) VersR 65, 722.

pflichten nicht unbedingt wertmäßig der Höhe des Vorteils entspricht, den der betroffene Nachbar durch den Einbau der Schutzeinrichtungen erhält. Richtigerweise muß der Vorteil von den Gesamtaufwendungen abgerechnet und der übrigbleibende Teil darauf untersucht werden, ob er zumutbar oder unzumutbar ist. Im Beispielsfalle nun dürfte die gesamte Summe angesichts des niedrigen Betrages noch als zumutbar anzusehen sein.

e) Der Beginn der Anpassungspflicht

Die Anpassungspflichten des Betroffenen entstehen zu dem Zeitpunkt, in dem auf Grund irgendwelcher Anzeichen mit Schäden zu rechnen ist¹⁾. Werden sie erst später erfüllt, so ist nicht etwa der Gesamtschaden nach § 254 BGB auf Schädiger und Geschädigten aufzuteilen²⁾, sondern der Betroffene trägt den Schaden, der wegen Vernachlässigung seiner Anpassungspflichten entstanden ist, ersatzlos allein. Das bedarf im Prozeß vielfältiger Aufklärung. So muß der Zeitpunkt ermittelt werden, an dem erstmalig mit Wahrscheinlichkeit Beeinträchtigungen erwartet werden konnten, ferner der, zu dem die Anpassungsbemühungen des beeinträchtigten Eigentümers abgeschlossen waren. Die bis dahin entstandenen Schäden trägt der Immittent. Werden vom erstgenannten Zeitpunkt an trotz Anzeichen für eine drohende Beeinträchtigung keine Schutzvorkehrungen getroffen, erwirbt der Beeinträchtigte überhaupt keinen Ausgleichsanspruch, es sei denn, er kann nachweisen, daß trotz eigener Bemühungen eine Beschädigung seines Grundeigentums eingetreten wäre und wie hoch diese anzusetzen wäre.

1) Vgl. LG Hamburg MDR 65, 45 (46); ähnlich wohl auch Westermann, Lehrb., § 63 II 3 d bb, S. 310.

2) So aber OLG Köln, VersR 65, 722.

f) Schlußbemerkung

Den Geldausgleich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis im Einzelfall nach diesen Gesichtspunkten zu errechnen, ist sicherlich sehr schwierig. Gleichwohl muß es sich der Richter versagen, pauschal den Gesamtschaden und den Aufwand für eigene Vorkehrungen des Betroffenen zu schätzen und dann nach den Grundsätzen etwa des § 254 BGB zu verteilen. Seine Bemühungen werden dann aber durch ein Ergebnis belohnt, das gerecht ist, weil es auf die gegenseitigen Pflichten der Nachbarn und die Eigenarten des räumlichen Zusammenlebens Rücksicht nimmt.

3.) Die Berechnung des Ersatzanspruchs bei Übermaßimmissionen

a) Übermaßimmissionen und ortsübliche Nutzung des betroffenen Grundstücks

Hat der betroffene Grundstückseigentümer aus übermäßigen, d.h. durch § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht mehr erlaubten Immissionen einen Schaden erlitten, so kann er diesen nach den §§ 26 GewO, 148 ABG oder nach den Grundsätzen des nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruchs ersetzt verlangen, falls die Voraussetzungen dieser Vorschriften im übrigen vorliegen. Soweit diese Immissionen ihrer Natur nach im gegebenen Raum überhaupt auftreten oder aufgetreten sind und nur wegen ihres Umfangs die Duldungspflicht des § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB überschritten ist, könnte ein Teil von ihnen schon als ortsüblich geduldet werden müssen. Der Ersatzanspruch des Grundeigentümers würde dann zu einem Teil auf § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, zum anderen auf § 26 GewO¹⁾ gestützt werden kön-

1) Das gilt - auch im folgenden - genauso für die Ersatzansprüche aus § 148 ABG und nachbarlicher Aufopferung.

nen¹⁾.

Da aber § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB den Ausgleichsanspruch auf solche Nachteile beschränkt, die über das zumutbare Maß hinausgehen, müßte von dem Gesamtschaden, den der Betroffene gemäß § 26 GewO ersetzt erhalten möchte, immer ein gewisser Teil von ihm selber getragen werden, nämlich der, den er noch als zumutbar ersatzlos hinzunehmen hätte. In diesem Teil des Gesamtschadens würde der nach § 906 Abs. 1 BGB ebenfalls zu dulden Teil aufgehen. Danach könnte der Geschädigte niemals seinen gesamten Schaden ersetzt verlangen.

Das soll ein Beispiel verdeutlichen:

In einem Vergleichsgebiet waren stets bestimmte Immissionen in geringerem Umfange ortsüblich, die zu Einbußen der Ertragnisse in Höhe von 10 % des möglichen Gesamtertrages führten. Nunmehr steigert ein konzessionierter Betrieb erlaubtermaßen seine Emissionen und ruft hierdurch Schäden in Höhe von 25 % des Gesamtertrages hervor. Bis dahin waren Einbußen von 1% des Ertrages als unwesentlich, von 5% als wesentlich, aber noch zumutbar angesehen worden.

Nach diesem Beispielsfalle hätten die Betroffenen, sofern die oben aufgestellte Behauptung richtig ist, eine Beeinträchtigung von 5 % als ortsüblich und zumutbar hinzunehmen, weitere 5 % wären ihnen nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB (wie früher) zu ersetzen und schließlich die restlichen 15 % der Ertragsminderung, das "Übermaß", aus § 26 GewO. Beziffern die beeinträchtigten Grundstückseigentümer ihren Gesamtschaden nach den tatsächlich erlittenen Verlusten, müßten sie ihren Schaden zu 1/5 selbst tragen, ein weiteres Fünftel hätte der Immittent aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB und die letzten 3/5 aus § 26 GewO zu ersetzen. Der als noch unwesentlich zu bezeichnende Teil der Beeinträchtigung in Höhe von 1 % des gesamt möglichen Ertrages ginge hiernach in dem Teil auf, der als noch zumutbar ersatzlos hingenommen werden müßte.

1) In diesem Sinne offenbar Kleindienst, S. 54 f, 40.

Im Regelfall nun wird es so sein, daß sich der Immittent gegenüber einer auf § 26 GewO gestützten Klage auf die Ortsüblichkeit seiner Nutzung und damit der Immissionen berufen wird. Gelingt ihm der Nachweis, daß der Betroffene die Immissionen wegen Bestehens der allgemeinen Duldungspflicht des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB hinzunehmen habe¹⁾, richtet sich dessen etwaiger Ersatzanspruch nur noch nach Satz 2 aaO. Übersteigen die Beeinträchtigungen das zumutbare Maß und nutzt seinerseits der Betroffene sein Grundstück ortsüblich, so erwirbt er einen Ersatzanspruch.

Stellt sich dagegen heraus, daß entgegen der Behauptung des beklagten Immittenten die Einwirkungen "übermäßig" sind, muß weiter geprüft werden, welchen Schaden eine noch ortsübliche Nutzung des beeinträchtigenden Grundstücks verursacht hätte. Bleibt dieser (hypothetische) Schaden innerhalb der Zumutbarkeitsgrenze des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, hat ihn der Betroffene ersatzlos allein zu tragen. Für das Übermaß dagegen, d.h. die Differenz zwischen dem eingetretenen und dem rechnerisch ermittelten (hypothetischen) Schaden bei noch ortsüblicher Nutzung des beeinträchtigenden Grundstücks, kann Ersatz nach § 26 GewO verlangt werden.

Eine solche Berechnung, die von der Unterteilung des Gesamtschadens in zwei Teile, die nach verschiedenen Normen zu ersetzen wären, ausginge, würde die Immissionsprozesse, die ohnehin schon wegen der schwierigen Beweisfragen²⁾ und teu-

-
- 1) Die Voraussetzungen der Duldungspflicht fallen unter die Beweislast des Störers. Der Kläger muß - außer seinem Eigentum - lediglich beweisen, daß die Einwirkung vom Grundstück des Beklagten ausgeht. Vgl. Erman-Westermann, § 906 Anm. 6 d; Palandt-Degenhart, § 906 Anm. 7; Soergel-Siebert-Baur, § 906 Anm. 58; Kleindienst, S. 59 m. w. N.
 - 2) Die Schwierigkeiten beruhen darauf, daß sich nicht ermitteln läßt, in welchem Umfange Emissionen als Zuführungen auf fremde Grundstücke gelangen und dort für einen Schaden ursächlich werden; denn klimatologische und meteorologische Erscheinungen beeinflussen Verhalten, Ausdehnungsbreite und -geschwindigkeit sowie Dichte und Schädlichkeit der Emissionen. Vgl. Wüstenberg, Bild der Wissenschaft, 1965, S. 304 f; Boiserée-Oels, S. 54, 57.

ren Sachverständigengutachten¹⁾ zu den unangenehmsten richterlichen Aufgaben gehören²⁾, noch mehr komplizieren. Ein Sachverständiger wird zwar sagen können, daß allgemein dieses oder jenes Ausmaß an Immissionen nicht mehr ortsüblich sei, auch oft schätzen können, welches Maß genau als noch ortsüblich gelten könne. Aber gerade der Schluß von einer bestimmten Intensität der Einwirkungen auf einen bestimmten Schaden wird sehr schwierig sein und zusätzliche Kosten verursachen. Das läßt sich einfacher nur - wie im Beispielfalle - an Hand bestimmter Quoten ausdrücken, sofern Vergleichswerte aus früheren Jahren vorliegen.

Eine Vereinfachung müßte bei der Frage einsetzen, ob der Betroffene auch im Falle des § 26 GewO usw. einen Teil des Schadens als zumutbar ohne Ersatz hinzunehmen hat. Würde sie verneint werden können, wären die Beweisprobleme zumeist mit der Feststellung, daß der Immittent nicht mehr ortsüblich nutze, gelöst.

Die graduelle Beschränkung des Ausgleichsanspruchs des § 906 BGB beruht unmittelbar auf dem Ausgleichsgedanken dieser Vorschrift. Der Anspruch soll nur solche Nachteile ausgleichen, die sich trotz gleicher Befugnisse aller Eigentümer ergeben; der Betroffene soll den Eigenarten des Raumes ein gewisses Opfer bringen.

Diese aus sachlichen Erwägungen begründete Einschränkung ist jedoch fehl am Platze, wenn der Immittent nicht ortsüblich nutzt und der Betroffene deshalb aus § 26 GewO usw. einen Anspruch erwirbt; denn die Beschränkung des Anspruchs im Falle des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist gleichsam die Belohnung des Immittenten dafür, daß er innerhalb der Ortsüblich-

1) Dem Verfasser ist ein Fall bekannt geworden, in dem die Kosten für das Sachverständigengutachten dreimal so hoch waren wie der Streitwert der Klage.

2) Vgl. die Klagen von Riehl aus dem Jahre 1910, Gruchot, Bd. 51 S. 142 ff.

keitsgrenze bleibt. Dieser günstige Effekt verfolgt daher bei konzessionierten Betrieben oder Bergwerksbetrieben, die auch Übermaßimmissionen erzeugen können, ohne einem Unterlassungsanspruch ausgesetzt zu sein, eine nicht unerhebliche erzieherische Wirkung. Dies und der Sinn des Ausgleichsanspruchs würden verkannt, wenn auch der übermäßig immittierende Betrieb hinsichtlich eines Teiles der Einwirkungen so behandelt würde, als handle er ortsüblich, während sich nur der betroffene Grundstückseigentümer an die im Raum allgemein geübte Nutzung hält. Überdies gebietet die regulative Funktion, die die Entschädigungsansprüche der §§ 26 GewO, 148 ABG usw. haben, einen vollen Ausgleich.

Richtigerweise muß daher das Verhältnis zwischen § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB und den anderen Immissionsschutznormen so gesehen werden: Erleidet der ortsüblich nutzende Eigentümer infolge übermäßiger Einwirkungen einen Schaden, so kann er diesen insgesamt ersetzt verlangen, ohne daß ein Teil, der für sich gesehen als noch unwesentlich geduldet werden müßte, abzurechnen wäre. Stellt sich auf Grund einer Beweisaufnahme heraus, daß auch der Immittent entsprechend den Raumeigenarten nutzt, greift ausschließlich § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ein. Erst in diesem Zusammenhang ist dann zu prüfen, ob der Geschädigte überhaupt einen Ersatzanspruch erworben hat, was daran scheitern könnte, daß der Schaden insgesamt als noch zumutbar angesehen werden muß.

Liegen jedoch Anhaltspunkte dafür vor, daß der betroffene Grundstückseigentümer eigene Anpassungsbemühungen unterlassen hat, kann der Frage, welches Immissionsmaß als noch ortsüblich anzusehen ist und welcher Schaden hierdurch verursacht sein könnte, nicht ausgewichen werden¹⁾. Denn für solche Schäden kann der betroffene Eigentümer keinen Ersatz verlangen. Die Beweisschwierigkeiten müssen dann in Kauf genommen werden.

1) Kleindienst, S. 54 f.

b) Übermaßimmissionen und nichtortsübliche Nutzung des betroffenen Grundstücks

Solche Beweisprobleme ergeben sich ferner dann, wenn der Betroffene selbst nicht ortsüblich nutzt. Dann muß das Immissionsmaß festgestellt werden, das bei einer ortsüblichen Nutzung des immittierenden Nachbargrundstücks entstehen könnte. Für die Beeinträchtigungen, die darauf zurückzuführen, ist ein Geldausgleich ausgeschlossen¹⁾.

Auf den ersten Blick mag es unbillig erscheinen, daß bei dem Immittenten bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs eine ortsübliche Nutzung unterstellt wird, während auf Seiten des Betroffenen von der wirklich gegebenen nicht ortsüblichen Nutzung ausgegangen wird. Da jedoch die Immissionen wenigstens ihrer Art nach in den vorhandenen Raum passen und nur wegen ihres Ausmaßes nicht mehr ortsüblich sind, könnte der Immittent durch Beschränkung seiner Nutzung deren Ortsüblichkeit erreichen. Nicht dagegen der Betroffene: Ist dessen Nutzung überhaupt nicht den besonderen räumlichen Eigenarten angepaßt, muß er sie umstellen oder aufgeben. Folgerichtig kann er sich auch nicht darauf berufen, daß sein Schaden genau so hoch oder höher wäre, wenn er ortsüblich nutzte. Sonst könnte ein innerhalb eines reinen Industriegebietes ansässiger Landwirt geltend machen, daß er auch dann Einbußen erlitte, wenn er anstatt der nicht ortsüblichen Landwirtschaft eine andere Nutzung auf seinen Grundstücken unterhielte.

Ist die Grundstücksnutzung ortsüblich, hat der Betroffene jedoch nur eigene Anpassungspflichten versäumt, gilt das oben unter a) Ausgeführte.

Sind die Immissionen aber von solcher Art, daß sie in dem Vergleichsgebiet auch nicht in geringerem Maße vorkommen,

1) Kleindienst, S. 55.

hat der Immittent den gesamten eingetretenen Schaden zu ersetzen, sofern er nicht völlig unwesentlich ist¹⁾. In diesem Falle wirken sich für den Betroffenen versäumte Anpassungs- und Umstellungspflichten nicht nachteilig aus.

VII. Zusammenfassung

Interessenkonflikte, die aus der Zuführung unwägbarer Stoffe (Immissionen) entstehen, werden vom Gesetz durch Bewertung der Interessen gelöst. Das Ergebnis dieser Bewertung sind die Wertmaßstäbe und die daraus abgeleiteten Rechtsfolgen. Wertmaßstab des Gesetzes und damit der Wertrang der Interessen werden maßgeblich von der gewählten Methode, mit deren Hilfe eine Lösung gesucht wird, beeinflusst.

An Hand dieser Grundsätze sind einzelne Konflikte zu untersuchen. Grundlage der gesetzlichen Interessenbewertung im Immissionsbereich ist, daß die Eigentümerinteressen innerhalb der räumlichen Gemeinschaft entweder miteinander oder mit anderen Interessen, die ebenfalls im Wege einer Grundstücksnutzung verwirklicht werden sollen, kollidieren. Hierzu gehören die Interessen des Inhabers eines obrigkeitlich genehmigten Betriebes (§§ 26, 16 GewO) und die des Staates oder anderer formell von ihm unterschiedener Rechtsträger, auf deren Grundstücken Tätigkeiten zum Nutzen der Allgemeinheit ausgeübt werden. Schließlich gibt es einen Widerstreit zwischen den Interessen des Grundeigentümers und denen des Bergwerkseigentümers. Da der Bergbau auf die Nutzung des Raumes angewiesen ist und hierdurch Einwirkungen der in § 906 Abs. 1 BGB beispielhaft aufgezählter Art hervor-

1) Kleindienst, S. 55.

bracht werden, muß auch die bergrechtliche Kollisionsregelung (§§ 54, 58, 148 ABG) in die Untersuchung miteinbezogen werden.

1.) Für das Verhältnis der Grundeigentümer untereinander wird in der Neufassung des § 906 BGB ein Interessen a u s - g l e i c h gesucht (Ausgleichsprinzip). Die kollidierenden Interessen werden verhältnismäßig zurückgesetzt und beschränkt, bis sie nebeneinander bestehen können. Damit erhalten sie g l e i c h e n Wertrang. Jeder Interessenträger (Eigentümer) erwirbt gleiche Einwirkungs- und Abwehrbefugnisse. Quelle und Ursprung dieser Befugnisse ist das Grundeigentum, das durch die gesetzliche Bewertung der Interessen Gestalt und Form bekommt. Die Pflicht, unwesentlich beeinträchtigende Einwirkungen zu dulden, aber auch die Befugnis z u solchen Einwirkungen sind im Grundeigentum als für dieses Recht typisch enthalten (§ 906 Abs. 2 BGB).

Genauso bestimmt Absatz 2 aaO den allgemeinen Eigentumsgehalt. Zu den allgemeinen Befugnissen des Eigentümers gehört es, entsprechend dem Raumcharakter - gekennzeichnet durch das Merkmal der Ortsüblichkeit - auch wesentlich immittieren zu dürfen. Die besonderen Eigenarten der räumlichen Verhältnisse gehen so in die gesetzliche Bewertung der Interessen ein. Die in § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB normierte Pflicht des Immittenten zur Herstellung nachbarschützender Einrichtungen betont nur die - an sich selbstverständliche - Voraussetzung des Einschreitens des Gesetzgebers: die Interessen müssen sich unausweichlich gegenüber stehen. Wertungsmaßstab in § 906 Abs. 2 BGB ist, daß eine vernünftige und sinnvolle Nutzung des Einzelgrundstücks am besten dadurch erreicht wird, daß sie an den gegebenen örtlichen Verhältnissen und Eigenarten des betreffenden Raumes ausgerichtet wird. Zugleich wird damit den Eigentümerinteressen zumutbar Rechnung getragen.

Da alle Grundeigentümer eines gegebenen Raumes rechtlich gleichgestellt sind, soll § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht

einen gesetzlichen Rechtsentzug, sondern nur tatsächliche Störungen des Gleichgewichts der nachbarlichen Beziehungen ausgleichen. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis als Ausdruck normativ geregelter Beziehungen der Nachbarn untereinander begründet die Pflicht des Immittenten, durch Geldzahlung einen Ausgleich zu schaffen, wenn trotz gleicher Machtzuweisung tatsächliche Ungleichheiten und einseitige Nachteile entstehen. Dabei gebietet wiederum der Ausgleichsgedanke, daß der Betroffene nicht für alle wesentlichen Beeinträchtigungen eine finanzielle Entschädigung fordern kann, sondern nur für solche, die über das zumutbare Maß hinausgehen. Zugleich setzt die Beschränkung des Geldanspruchs auf den Ausgleich solcher Beeinträchtigungen, die bei ortsüblicher Benutzung des betroffenen Grundstücks hervorgerufen werden, die Raumordnungstendenz der Vorschrift mit anderen Mitteln fort: alle den Eigenarten des Raumes entsprechenden Nutzungen finden ihre Daseinsbedingungen vor; anfällige nicht ortsübliche Nutzungsarten bleiben ungeschützt.

Die Neufassung modifiziert die Rechtsgrundsätze, die die Rechtsprechung zum alten § 906 BGB entwickelt hat.

2.) Bei den anderen Konfliktsfällen wählt das Gesetz die Methode der **B e g ü n s t i g u n g** eines der kollidierenden Interessen, um den Konflikt zu lösen. Das höherwertige Interesse darf sich bis in die Rechtssphäre des anderen durchsetzen. Der gesetzlich gestattete Eingriff ist nicht durch Rechtszuweisung, sondern "primär" durch Geldzahlung ausgeglichen. Diese als Eingriffsprinzip zu bezeichnende Lösungsmethode ist stets Anzeichen für die Höherwertigkeit eines der Interessen und gibt daher zugleich Aufschluß über den Wertmaßstab.

Die Regelung von Interessenkonflikten durch Begünstigung und Schaffung von Eingriffsbefugnissen ist nicht Enteignung, sondern Inhaltsbestimmung des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

a) Wertmaßstab des Gesetzes in § 26 GewO ist, daß das Vertrauen des Betriebsinhabers auf die obrigkeitliche Genehmigung zum Schutze seiner Planungen und Investitionen wichtiger ist als das Abwehrinteresse des Grundeigentümers. Die Abwehrbefugnisse werden dem Grundeigentümer nicht durch die Konzession, die ihn gar nicht betrifft, sondern durch die privatrechtliche Vorschrift des § 26 GewO selbst entzogen. Die Konzessionierung erscheint lediglich als ein Bewertungsfaktor im Rahmen der Interessenbewertung.

b) Bei den sog. lebenswichtigen Betrieben beruht der Vorrang der Interessen des Staates, der sein privates Grundeigentum nutzt, auf der Bedeutung dieser Tätigkeiten für die Allgemeinheit. Auch der Staat nimmt an der nachbarlichen Gemeinschaft nur als gleichberechtigter und gleichverpflichteter Partner teil. Daher besteht auch keine Kollision zwischen dem Grundeigentum und der obrigkeitlichen Gewalt, so daß diese Fälle nicht auf das Gebiet der öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche verwiesen werden können.

c) Eine Vorrangstellung der bergbaulichen Interessen bei Kollisionen mit dem Grundeigentum ist aus der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Mineralabbaus und der mit ihm zusammenhängenden Tätigkeiten herzuleiten. Da der Bergwerkseigentümer ein privates Recht, das Bergwerkseigentum, ausübt, richten sich die Beziehungen zwischen den beteiligten Interessenträgern ausschließlich nach privatem Recht. Weder die Verleihung des Bergwerkseigentums noch die Einwirkungsbefugnisse des Bergbauberechtigten können daher als enteignend wirkende Eingriffe der Staatsgewalt in das Grundeigentum angesehen werden.

aa) Die Begünstigung des Bergbautreibenden reicht so weit, wie die Tätigkeit der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien im Sinne des § 54 ABG zum Nutzen der gesamten Volkswirtschaft ausgedehnt werden muß. Das ist zugleich der Inhalt des verliehenen Bergwerkseigentums.

bb) Zum Inhalt des Bergwerkseigentums gehört auch der Betrieb von Aufbereitungsanstalten (§ 58 ABG). Es ist gleichgültig, ob die Aufbereitung mittels mechanischer oder chemischer Verfahren erfolgt. Dagegen gehört die Nebengewinnung und Weiterverarbeitung der geförderten Mineralien nicht mehr zum Inhalt des Bergwerkseigentums. Soweit einige der Aufbereitungsanstalten zusätzlich nach § 16 GewO einer Genehmigung bedürfen, geht die bergrechtliche Kollisionsregelung derjenigen aus § 26 GewO vor.

3.) Die in Fällen des Eingriffsprinzips statuierten Entschädigungspflichten bilden eine Haftungsart für sich (privatrechtlicher Aufopferungsanspruch). Ihnen ist wesenseigentümlich, daß sie einen gesetzlichen Rechtsentzug ausgleichen sollen, der durch einseitige Begünstigung eines der Interessen im Falle einer Interessenkollision zustande gekommen ist. Die Auffassung, daß bei ihnen wegen Entzuges der "an sich" gegebenen Abwehrklage Ersatz geleistet werden müsse, gibt das Prinzip nur ungenau wieder. Als Aufopferungshaftung ist auch § 148 ABG anzusehen, der zum Teil als Tatbestand der Gefährdungshaftung charakterisiert wird.

a) Die gesteigerten Duldungspflichten in Fällen des Eingriffsprinzips greifen erst ein, wenn die allgemeinen Duldungspflichten aus § 906 BGB nicht ausreichen, den Vorrang der höherwertigen Interessen zu sichern. Das ist für Immissionen aus Übertageanlagen - gleich welcher Art - allgemein anerkannt. Es muß aber auch für solche Beeinträchtigungen gelten, die bei der Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien entstehen und sich in die Beispielsfälle des § 906 Abs. 1 BGB einreihen lassen. Der entgegenstehende Wortlaut des § 50 Abs. 2, 3 ABG muß insofern mit zeitgemäßem Inhalt gefüllt werden. Zwischen den Interessen des Bergbautreibenden und denen des Grundeigentümers bestehen ähnliche Kollisionen wie zwischen verschiedenen Eigentümern. Innerhalb der nachbarlichen Gemeinschaft haben auch generell höher bewertete Interessen eine Eingriffsbefugnis nur dann, wenn der Konflikt

unvermeidbar ist. Zuvor aber muß ein Ausgleich durch Anpassung und gegenseitige Rücksichtnahme gesucht werden. Diesen Rechtsgedanken enthält insbesondere § 906 BGB. Die Vorschrift ist daher auf das Verhältnis zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentümer entsprechend anzuwenden.

b) Die Rechtsähnlichkeit der besonderen Immissionsschutznormen gebietet es überdies, dem Grundeigentümer gegenüber dem Bergwerkseigentümer eine Klage auf Herstellung zumutbarer und wirtschaftlich vertretbarer Einrichtungen zum Schutze des Grundeigentums zu geben. Auch das kann dem Ausgleichsgedanken entnommen werden.

4.) Die Entschädigungsansprüche in den Fällen des Eingriffsprinzips gehen auf den Ersatz des gesamten Schadens nach den §§ 249 ff BGB.

Dagegen richtet sich der Ausgleichsanspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis nach den Grundsätzen, die für die Enteignungsentschädigung entwickelt worden sind. Vorteile aus der Nachbarschaftslage zu dem immittierenden Grundstück sowie Nachteile des eigenen Grundstücks hat sich der betroffene Nachbar anrechnen zu lassen. Der Schaden ist auch bei eigener ortsüblicher Nutzung durch zumutbare Anpassungsbemühungen gering zu halten. Übersteigen die Anpassungs- und Umstellungskosten das zumutbare Maß, muß der Immittent an ihnen beteiligt werden. Die gesamte Regelung ermächtigt den Richter, die Besonderheiten des einzelnen Falles weitgehend zu berücksichtigen.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 27. August 1938 als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Hans-Wilhelm Schulte und seiner Ehefrau Luise geb. Springhoff in Essen geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch der Volksschule in Recklinghausen wechselte ich Ostern 1949 auf das humanistische Gymnasium Petrinum zu Recklinghausen, wo ich am 7. März 1958 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend leistete ich den einjährigen Grundwehrdienst ab. Im Sommersemester 1959 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften in München. Vom Wintersemester 1961/62 an setzte ich es an der Universität Bonn fort. Am 17. Oktober 1963 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung.

Den juristischen Vorbereitungsdienst leistete ich im Bezirk des OLG Hamm und gastweise in dem des Kammergerichts Berlin ab. Im Jahre 1964/65 habe ich den Vorbereitungsdienst unterbrochen. Während dieser Zeit war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Berg- und Energierecht an der Universität Münster beschäftigt. Zugleich habe ich während dieser Zeit: Wintersemester 1964/65 und Sommersemester 1965, an der Universität Münster weitere rechtswissenschaftliche Vorlesungen gehört.

Am 2. Oktober 1967 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung. Ich bin nunmehr bei einem Wirtschaftsverband tätig.

